

## ***Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia***

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Aplicación por el árbitro de un orden jurídico preestablecido. 1. Remisión a un determinado Derecho estatal: A) Margen de actuación del árbitro; B) Ausencia de designación expresa; C) Inexistencia de confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera. 2. Remisión a una convención internacional: A) Supuestos de aplicación; B) Aplicación de la Convención de Viena de 1980. II. *Lex mercatoria* y arbitraje comercial internacional. 1. Desnacionalización de la ley aplicable al arbitraje. 2. “Cohabitación” entre el orden jurídico estatal y la *lex mercatoria*. 3. Ámbito de aplicación de la *lex mercatoria*: A) *Lex mercatoria* y normas imperativas; B) Aplicación de la *lex mercatoria* a título principal: consecuencias de la “elección negativa”; C) Aplicación del “tronco común” de las leyes nacionales en presencia. 3. Superación de la referencia estatal para la solución de la controversia. III. Consideraciones finales.

### **I. Aplicación por el árbitro de un orden jurídico preestablecido**

#### *1. Remisión a un determinado Derecho estatal*

##### A) Margen de actuación del árbitro

1. Al igual que ocurre en los contenciosos ante la jurisdicción ordinaria en el arbitraje la autonomía de las partes en la selección del Derecho aplicable al fondo de la controversia se ha realizado tradicionalmente en favor de la elección de un determinado Derecho estatal; esta situación tiende a acomodarse a las necesidades de las transacciones comerciales internacionales en el sentido de que tal Derecho es interpretado y aplicado de conformidad con parámetros internacionales. Pese a tal matización, la inclinación por el Derecho estatal se justificaba hace unos años por la inhabilidad de un sistema autosuficiente e integrado de reglas y principios propios del Derecho transnacional lo cual no ocurre en la actualidad. Hoy las opciones en materia de Derecho aplicable no se encuentran limitadas a la selec-

ción de un Derecho nacional; no obstante, en caso de optar por tal alternativa, su aplicación e interpretación debe obedecer exclusivamente a una visión particularista o interna<sup>1</sup>.

La ausencia de foro arbitral confiere al procedimiento arbitral una marcada autonomía respecto de las normas procesales de estatales. Por eso, al igual que no cabe hablar de ley del foro, en el arbitraje comercial internacional no existe propiamente una ley extranjera. Tal ausencia confiere al árbitro un destacado margen de actuación para la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio<sup>2</sup>. Las partes, como regla general, cuando se someten a la decisión arbitral para resolver controversias de naturaleza mercantil, deciden la ley sustantiva que se aplicará al caso en cuestión y en función de lo acordado por las partes se tendrán en cuenta esas fuentes legales. Aunque se aprecia un considerable repliegue, aún existen legislaciones nacionales que incluyen normas de conflictos de leyes en materia de arbitraje comercial internacional; no obstante, se suele entender que tales normas no condicionan esencialmente la labor del árbitro en caso de que las partes no hayan realizado una opción expresa<sup>3</sup>. La práctica evidencia lo difícil que puede resultar impugnar un laudo arbitral por el hecho de que el tribunal arbitral haya seleccionado un Derecho para regir el fondo de la controversia apartándose de lo dispuesto por las normas de conflicto del Derecho del lugar donde se desarrolla el arbitraje.

2. No siempre bastan estas fuentes legales y por este motivo la mayoría de leyes arbitrales indican a los árbitros que atiendan previamente a las estipulaciones del contrato y que tengan en cuenta los usos y costumbres mercantiles. Esta situación, cada vez más frecuente, tiene la virtud de restringir de una manera tajante el problema tradicional del Derecho internacional privado relativo al Derecho aplicable: la consecuencia jurídica de la norma de conflicto. Debe reconocerse que con frecuencia los árbitros aplican Derechos estatales para dar solución adecuada a la controversia; y lo hacen por dos razones. En primer lugar, porque ha sido deseo expreso de las partes acudir a un determinado Derecho nacional determinado y, en segundo

---

<sup>1</sup> H. Grigera Naon, *Choice-of-Law Problems International Commercial Arbitration*, Tubinga, J.C.B.Mohr (P.Siebeck), 1992, pp. 39 ss; *id.*, "Arbitraje comercial internacional ¿*quo vadis?*", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 588.

<sup>2</sup> B. Goldman, "Les conflits de lois en matière d'arbitrage international", *R. des C.*, t. 109, 1963-II, p. 347-485, esp., p. 443.

<sup>3</sup> Ch. Seraglini, en *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjunq, dirs.), Paris, Litec, 2005, pp. 865-869.

lugar, porque ellos mismos entienden que la controversia que han de resolver debe desarrollarse necesariamente dentro de un concreto ordenamiento estatal. En tal caso los árbitros deberán aplicarse ese Derecho en su integridad.

Aunque la cuestión del Derecho aplicado por los árbitros esté dominada por la inexorable presencia de la *lex mercatoria*, la cuestión de la llamada “autonomía conflictual” posee en este sector una singular relevancia. El art. 28 Ley Modelo Uncitral de 1985 (LMU) dispone al efecto

“1. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

El texto transcrito se refiere en primer término a “normas de Derecho” y no a una determinada “ley estatal” y a este extremo aludiremos más adelante. No obstante, la referencia a un “Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado” es suficientemente precisa de que todavía esta presente la acción de los Derechos nacionales para la regulación del fondo de la cuestión sometida a arbitraje. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado nos encontramos con una conexión principal que viene configurada por la “autonomía de la voluntad” y que no aparece acompañada de conexiones subsidiarias, toda vez que si las partes no han designado la ley aplicable “el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicable”. El poder que tiene el árbitro para separarse de los sistemas jurídicos nacionales y aplicar un Derecho “anacional”, es afirmado con gran rigor en el Laudo CCI n° 1641/1961 “Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el Derecho nacional que, llegado el caso, estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. En verdad, han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en su defecto, los

usos del comercio”<sup>4</sup>. El sistema se cierra con la exclusión del reenvío dentro de este especial sector.

3. El problema de la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje posee, a pesar de todo, un mayor ámbito de discrecionalidad respecto del procedimiento ante los tribunales ordinarios; por ejemplo, el árbitro que se enfrenta a una controversia internacional dejaría de cumplir debidamente su misión si, apartándose del *proper law of the contract*, aplica o tiene en cuenta leyes de policía pertenecientes a un ordenamiento jurídico nacional distinto. Por esos no pueden trasladarse automáticamente al arbitraje los parámetros clásicos del Derecho internacional privado en lo que concierne al Derecho aplicable. Es cierto que no es descartable el empleo del método conflictual y las consiguientes técnicas derivadas del procedimiento de atribución, pero es más frecuente que el árbitro elija directamente la norma sustancial aplicable, prescindiendo de la presencia de una norma de conflicto (*v.gr.*, art. 1496 *NCPC*, art. 187.1º *LDIP* suiza), atendiendo únicamente a razones de justicia material.

La práctica de los arbitrajes desarrollados en el seno de la CCI pone de relieve que el método principal utilizado por los árbitros para la elección de la norma de conflicto más adecuada es la aplicación cumulativa de diferentes normas de conflicto de los Estados relacionados con la controversia<sup>5</sup>; así, en el Laudo CCI nº 4237/1984 (*Syrian State trading organization/ Ghanaian State enterprise*) el árbitro decidió que debía “*apply those conflict rules with are generally followed in international arbitrations of the kind under consideration*”<sup>6</sup>.

La puesta en marcha de una norma de conflicto entraña, en efecto, la aplicación de un mecanismo que actúa en dos momentos: en primer lugar, la individualización de la pertinente norma de remisión y, en segundo lugar, la aplicación del Derecho designado por la misma y la práctica demuestra que tal duplicidad tiende a ser obviada por el árbitro<sup>7</sup>, sin que sea necesario establecer qué Derecho internacional privado sería aplicable para designar la ley aplicable a la controversia<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> *Journ. dr. int.*, 1974, pp. 888 ss.

<sup>5</sup> W.L. Craig, W.W. Park y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Dobbs Ferry (NY), Oceana Publications, 2000, pp. 85 ss.

<sup>6</sup> *Yearbook Comm. Arb'n*, 1985, p.52.

<sup>7</sup> A. Giardina, “Le norme di diritto sostanziale applicabile alla controversia”, *Nuovo Regolamento di Arbitrato CCI 1998, a cura di CCI-Italia*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 45–55, esp. p. 46.

<sup>8</sup> Laudo CCI nº 3880/1983, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974–1985)*, vol. I, pp. 346–352. *Vid.* B. Rider, ed. *International Contracts and National Economic Regulation*.

4. Aún en el caso en que los árbitros se cobijen en los métodos de determinación tradicionales del Derecho internacional privado, la doctrina y la práctica internacional reconocen hace ya bastante tiempo que la solución tendente a acudir a un sistema conflictual no es similar para el árbitro internacional que para el juez estatal, en la medida en que el primero, insistimos, no dispone de *lex fori*, de la que pueda tomar las normas de conflicto, lo que lleva al árbitro a recoger ésta del lugar donde el arbitraje tenga su sede, o de cualquier otro que se considere más apropiado, por lo que sigue dominando la indeterminación al respecto. El juez en tanto que representante judicial de un determinado sistema estatal pone en marcha el mecanismo conflictual que le remite a un sistema legalmente establecido empleando para ello las soluciones previstas en sus normas de Derecho internacional privado internas o, en su caso, en el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o en la Convención de México de 17 de marzo de 1994 sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales. Por el contrario el árbitro, aunque utilice al igual que el juez, el método de atribución, sigue sin contar con una ley de la que pueda tomar la norma de conflicto pertinente; por ello más que elegir una ley suele combinar opciones con el objetivo de alcanzar la ley más apropiada para solucionar la controversia. Junto a esto, la práctica arbitral de los últimos tiempos arroja una favorable predisposición a la aplicación por los árbitros de un Derecho no estatal, a través del empleo de los principios generales del Derecho y de los usos del comercio aceptados en las transacciones internacionales.

Obviamente, habida cuenta de que las cuestiones que suscitan un conflicto de leyes deben ser examinadas con carácter previo a la elección de una determinada ley estatal que rige el contrato, no resulta nada extraño que los árbitros realicen referencias frecuentes a decisiones arbitrales anteriores que se han pronunciado sobre esta cuestión. No es el momento ahora de considerar el valor de esta “jurisprudencia arbitral”.

#### B) Ausencia de designación expresa

5. Las partes son libres de determinar el Derecho que el árbitro deberá aplicar al fondo del litigio, pero en defecto de esta indicación el árbitro aplicará la ley designada por la regla de conflicto que juzgue apropiada en ese caso. Pero en ambos casos, los árbitros están llama-

---

*Dispute Resolution Through International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 187–188.

dos a considerar una serie de circunstancias como la búsqueda de los mejores resultados concernientes a las expectativas de las partes, descartando la aplicación de un Derecho que pueda perjudicar sus pretensiones<sup>9</sup>, las estipulaciones del contrato o los usos del comercio. Sólo así, a falta de acuerdo de las partes o en defecto de éste, incumbirá al tribunal arbitral aplicar el bloque normativo que considere más adecuado para resolver el fondo de la controversia.

En ausencia de una designación expresa respecto del Derecho rector del fondo de la controversia el árbitro cuenta con un amplio poder de iniciativa en la determinación de dicha ley aplicable a partir de criterios de conexión no amarrados a los tópicos tradicionales utilizados por los jueces, sino caracterizados por un margen de flexibilidad a la hora de proceder a correspondiente remisión<sup>10</sup>. Como pone de relieve el art. 7.1º Convenio de Ginebra de 1961, “Las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al Derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles”. Con ello no hay inconveniente a que el árbitro aplique cumulativamente normas de conflicto insertas en ordenamientos diversos u optar por la aplicación de una ley nacional única. Además, la ausencia de un foro arbitral permite al árbitro aplicar al fondo del litigio las normas consuetudinarias del comercio internacional al margen de cualquier intervención de las normas estatales.

Las modernas legislaciones nacionales y los reglamentos de arbitraje insisten en que en defecto de elección por las partes de las reglas de Derecho aplicables el árbitro aplicará las reglas que considere más apropiadas (*direct approach*) alejándose de las concepciones conflictualistas que habían dominado la etapa anterior<sup>11</sup> y que se refleja en el art. 28 LMU concebido desde una óptica básicamente conflictualista, y en los ordenamientos que lo incorporan. La comparación del texto del antiguo art. 13.3º del Regl. CCI con el art. 17.1º vigente es particularmente demostrativa de este cambio. De lo dicho se desprende que

---

<sup>9</sup> Laudo CCI n° 7154/1993, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 1061.

<sup>10</sup> P. Vismara, “La actividad del árbitro en la determinación de las normas aplicables al mérito de la controversia”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. IV, 2004, n° 1, pp. 50–63.

<sup>11</sup> P. Lalive, “Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse”, *Rev. arb.*, 1976, pp. 155 ss.

los árbitros gozan de libertad para acudir a la ley rectora del fondo de la controversia por vía directa abandonando el procedimiento clásico de atribución (art. 23.a Reg. LCIA)

C) Inexistencia de confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera

6. Contrariamente a lo que acontece en la justicia estatal, donde, *prima facie*, la *lex mercatoria* sólo puede ser aplicable a título subsidiario, el árbitro al no estar sometido a una soberanía estatal determinada, tiene un amplio margen de actuación en tal sentido<sup>12</sup>. Ante los árbitros el problema tradicional del Derecho internacional privado de la condición de la ley extranjera queda sustituido por el del procedimiento de aplicación de las leyes estatales. Únicamente en supuestos excepcionales en que el Derecho aplicable al fondo tiene un papel importante surge el problema de su indagación; sin embargo éste se reduce muy sensiblemente pues, al margen del propio conocimiento de los árbitros no condicionado, como en el caso de los jueces por la máxima *iura novit curia*, las partes contribuyen a aportar a los árbitros los extremos relativos a su contenido, vigencia y aplicación al caso concreto, sin excluir la ayuda de dictámenes de peritos. Por esa razón el árbitro internacional no suele encontrar problemas de acceso a las normas que necesita aplicar para justificar su decisión final con independencia de que sean de origen puramente contractual, legal o jurisprudencial<sup>13</sup>.

El resultado de todo esto conduce a que la necesidad de información sobre el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto no parece más perentoria y, por supuesto no es cuantitativamente más significativa en el arbitraje que en la justicia estatal. Por añadidura, los mecanismos de cooperación judicial en el ámbito de la información del Derecho extranjero se encuentran, en principio cerrados a los árbitros toda vez que la Convención europea acerca de la información sobre Derecho extranjero de 1968 (art. 3.1º) establece que la petición de datos deberá siempre emanar de una autoridad judicial. Ello más allá de que los árbitros, y las partes con la autorización en su caso de aquellos, puedan recurrir a la autoridad judicial competente del

<sup>12</sup> Laudo CCI n° 3131/1979 (*Norsolor*), *Rev. arb.*, 1983, pp. 525–531. B. Goldman, “Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*”, *Rev. arb.*, 1983, pp. 379–409. O. Lando, “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747–768; L.D. Wilkinson, “The New Lex Mercatoria Reality or Academic Fantasy?”, *J. Int'l Arb.*, vol 12, n° 2, 1995, pp.104 ss.

<sup>13</sup> Cf. Y. Derains, “La neutralidad cultural del árbitro internacional”, *Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n° 3, 2007, p. 16.

lugar en que se celebra el arbitraje, recabando la información necesaria del Derecho positivo aplicable en el proceso. Esta interpretación ha sido avalada legislativamente por el art. 1044.1º del Libro IV del Código procesal civil de los Países Bajos (Ley de arbitraje de 1986), que se refiere expresamente a la referida Convención de 1968.

Sin embargo, aunque el art. 4.2º de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero de 1979 establece que “los Estados Partes podrán extender la aplicación de esta Convención a la petición de informes de otras autoridades”, no parece verosímil estimar incluidos en la expresión “otras autoridades” a los tribunales arbitrales. De aquí se sigue que las propias características del procedimiento arbitral en relación con las cuestiones relativas al Derecho aplicado por el árbitro no conducen a precisar la necesidad de un sistema específico de cooperación judicial de auxilio a los árbitros en este sector.

## *2. Remisión a una convención internacional*

### *A) Supuestos de aplicación*

7. Como regla general el árbitro no es el destinatario de las obligaciones derivadas de las convenciones internacionales, lo que no impide que pueda tomarlas en consideración para solucionar una determinada controversia. Más aún, en determinados arbitrajes la referencia a una ley estatal queda sustituida por la aplicación, con carácter obligatorio, de una Convención internacional; tal es el caso del art. 22.4º Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (“Reglas de Hamburgo), que dispone que “El árbitro o el tribunal arbitral aplicará las normas del presente Convenio”, exigencia que se considera incluida “en toda cláusula compromisoria o compromiso de arbitraje y cualquier estipulación de tal cláusula o compromiso que sea incompatible con ellas será nula y sin efecto” (art. 22.5º). Otro tanto ocurre con el art. 33 Convención CMR de 19 de mayo de 1956, que dice que “El contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que dicho Tribunal arbitral aplicará el presente Convenio”<sup>14</sup>.

Siendo frecuente la aplicación de Convenios internacionales en el arbitraje la práctica aporta incluso ejemplos donde se tomó como re-

---

<sup>14</sup> F.J. Sánchez Gamborino, *El contrato de transporte internacional CMR*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 306 ss.

ferente una convención internacional aún cuando no era aplicable al caso específico. Concretamente en Laudo CCI n° 5713/1989 se planteó la cuestión de la ley aplicable a un contrato de compraventa internacional resolviéndola los árbitros con remisión a lo dispuesto en la Convención de La Haya de 15 de junio de 1955, sobre la ley aplicable a la venta de cosas muebles corporales admitiendo que la convención constituía un *general trend in conflicts of laws*<sup>15</sup>.

#### B) Aplicación de la Convención de Viena de 1980

8. El papel del árbitro en aplicación de un texto internacional ofrece gran relevancia en relación con la Convención de Viena (CCIM)<sup>16</sup>. Dicha Convención se aplica a las compraventas “internacionales” de mercaderías. La internacionalidad del contrato a efectos de aplicación de esta Convención, de conformidad con su art. 1, se define por el hecho de que los contratantes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, aunque no necesariamente Estados contratantes distintos. El criterio resulta, en principio, claro; pero su interpretación puede ser objeto de ciertas dificultades, como la derivada de lo dispuesto en el art. 10 CCIM. A la luz de este precepto, a los efectos de la Convención, si una de las partes tiene más de un establecimiento se considerará el que guarde una relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, y si alguna de las partes no tiene ningún establecimiento se considerará su residencia habitual.

La CCIM desechó, de esta suerte, la posibilidad de vincular su aplicación a la ubicación del establecimiento principal de cada una de las partes en el contrato, prefiriendo dotar de relevancia al establecimiento que efectivamente se vincula con el contrato. La determinación de este “establecimiento relevante” exige, en primer lugar, concretar cuáles de las instalaciones de las que disponga el contratante pueden ser considerados como auténticos establecimientos. Así, una mera oficina de enlace no puede ser entendida como establecimiento a efectos de la CCIM. Para que pueda deducirse que nos encontramos ante un auténtico establecimiento es menester una cierta estabilidad, así como unas notas de duración y de autonomía. De no darse estas

<sup>15</sup> S. Jarvin, Y. Derains y J.J. Arnaldez (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards (1986–1990)*, ICC Publication n° 433, 1990, p. 224. Vid. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration* (E. Gaillard y J. Savage, eds.), La Haya, Kluwer, 1999, p. 874.

<sup>16</sup> A. Mourre, “L’application par l’arbitre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises”, *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 17, n° 1, 2006; *id.*, “Aplicación por el árbitro de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Revista Internacional de Arbitraje* (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá), n° 5, 2006, pp. 173–191.

circunstancias resultará que la ubicación de la instalación en cuestión, sea cual fuere el papel de tal local u oficina en la celebración o ejecución del contrato, no resultará relevante a los efectos de determinar la aplicación de la Convención. Una vez delimitados los establecimientos de los que dispone cada una de las partes contratantes, será preciso concretar para cada una de ellas cuál de dichos establecimientos presenta los vínculos más estrechos con el contrato a partir de las circunstancias conocidas o previstas por las partes. En los supuestos en los que un solo establecimiento asuma el conjunto de la operación por cada una de las partes no resultará difícil aplicar el art. 1 CCIM, pero la Convención nada resuelve sobre los supuestos en los que se produce una disociación entre el establecimiento que participa en la celebración del contrato y aquél al que se encarga su ejecución. Probablemente en este caso no resultará posible establecer soluciones generales, debiendo estudiarse los supuestos individualizadamente.

Incluso cuando los establecimientos de las partes se encuentren en Estados diferentes, esta circunstancia no entrañará la aplicación de la CCIM si no se deriva del contrato o de las circunstancias que rodearon su conclusión. La finalidad de este precepto es evitar la aplicación de la CCIM en un supuesto en el que las partes pueden estar pensando que realizan un contrato interno. Es una constante en la Convención la protección de la apariencia, más que la sustancia, impidiendo de esta forma que puedan ser traicionadas las previsiones de las partes, elemento este último –la legítima previsión de los comerciantes– esencial en el tráfico jurídico internacional<sup>17</sup>.

Ningún requisito adicional es contemplado por la CCIM para su aplicación, tal como la nacionalidad o residencia de las partes (Laudo n° 56/1995 del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria), únicamente la ubicación del establecimiento y la remisión que realicen las normas de conflicto del foro a un Estado parte de la CCIM han de ser tenidos en cuenta para decidir acerca de su aplicabilidad<sup>18</sup>. El lugar de celebración del contrato tampoco resulta relevante para determinar la aplicación de la Convención. El último

---

<sup>17</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2007, pp. 342 ss. Vid. A.L. Calvo Caravaca, "Consideraciones en torno al art. 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de Mercaderías", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1329–1348; *id.*, "La convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación", *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, Madrid, La Ley, 1994, esp. pp. 381–413.

<sup>18</sup> Unilex, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13355&x=1>.

apartado del art. 1 se refiere a esta cuestión al negar que incida en el ámbito de aplicación de la Convención la nacionalidad de las partes o la naturaleza civil o mercantil del contrato.

9. La CCIM no se aplica en todos los supuestos en los que nos encontramos con una compraventa internacional, esto es, entre partes con establecimientos en Estados diferentes. Para que la aplicación de la Convención resulte obligada es preciso que el Estado del foro sea parte de la misma. Ahora bien, la CCIM puede resultar aplicable en relaciones con Estados que no son parte de la misma, en tanto en cuanto resulte aplicable a la resolución del litigio el Derecho de un Estado parte, pero esta aplicación no será resultado de las exigencias convencionales, que solamente pueden alcanzar a los Estados parte, sino que se derivará de la configuración del sistema de Derecho internacional privado del foro. Así pues, la primera, y obvia, condición que debe examinarse para determinar el ámbito de aplicación territorial de la Convención es la de si el Estado del foro es un Estado parte o no de dicha Convención. La constatación de que el Estado del juez o árbitro que se encuentra conociendo es parte de la Convención no es suficiente para que pueda afirmarse la aplicación de dicho texto. Para que la Convención sea aplicable su art. 1.1<sup>o</sup> entiende que es preciso que, o bien los establecimientos de las partes del contrato se encuentren en Estados contratantes (ap. a) o bien que el Derecho reclamado por el sistema de Derecho internacional privado del foro para la resolución del litigio sea el de un Estado contratante (ap. b). El hecho de que sea un juez o un árbitro quien tenga que resolver el interrogante varía necesariamente.

10. En el caso del juez, si la aplicación de la normativa conflictual del foro remite a un Estado parte de la Convención, deberá ser ésta la que rija finalmente el contrato; y, de esta suerte, el art. 1.1<sup>o</sup>.b) despliega dos efectos significados.

i) Obliga a aplicar la normativa conflictual con carácter preferente a cualquier otra norma del Derecho del foro, impidiendo la consideración de las normas materiales especiales que puedan existir y que tengan capacidad para regular la compraventa internacional; esto será relevante para aquellos Estados que dispongan de leyes especiales sobre comercio internacional que contengan normas materiales especiales. De no existir la previsión contenida en la letra b) del art. 1.1<sup>o</sup>, una vez verificada la imposibilidad de aplicar la Convención por no estar los establecimientos de las partes ubicados en Estados contratantes, el juez debería aplicar la norma de su ordenamiento que

tuviese vocación para regir el supuesto, pudiendo aplicar con preferencia las normas materiales especiales independientes a las normas de conflicto. Pero el texto del art. 1.1º.b) impide llegar a esta solución, debiendo aplicarse la normativa conflictual con preferencia a las normas materiales especiales; solamente en el caso de que dicha normativa conflictual remitiera a un Estado no parte del Convenio podría darse aplicación a las normas materiales especiales del foro reguladoras de la compraventa internacional.

ii) En caso de que el Derecho reclamado por la norma de conflicto del foro sea el de un Estado parte, la Convención recibirá aplicación no como Derecho extranjero (en este caso, como parte integrante del ordenamiento del Estado extranjero cuyo Derecho es aplicable para la resolución del supuesto) sino como Derecho del foro. El art. 1.1º.b) prevé un supuesto que determina la obligatoria aplicación de la Convención en sus Estados parte y no se limita a incidir en la cuestión de la determinación del Derecho material extranjero que habrá de aplicarse a partir de la remisión conflictual<sup>19</sup>.

11. La situación es bien distinta si es el árbitro quien debe aplicar la Convención pues éste no tiene foro y, en consecuencia, no cuenta con ninguna norma de conflicto que le permita remitirse a la ley de un Estado contratante. El árbitro deberá limitar su actuación a considerar que la Convención ha sido elegida por las partes, en cuyo caso la aplicará, o que tal elección no se ha producido.

i) En el primer caso, el árbitro se limitará a constatar la voluntad de las partes a la hora de elegir este instrumento de Derecho material. Debe tenerse en cuenta que este instrumento tiene como objeto unificar la normativa aplicable al contrato de compraventa internacional, favoreciendo de esta forma la certeza en torno a la normativa reguladora del mismo; pretende favorecer la previsibilidad en relación al contenido del contrato y las obligaciones de los contratantes, protegiendo las expectativas de las partes y favoreciendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad. En el Laudo CCI nº 6653/1993 el tribunal consideró que las partes habían elegido el Derecho francés y que de conformidad con este Derecho el contrato en litigio era considerado

---

<sup>19</sup> Laudo CCI nº 7660/JK/1994, *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 6, nº 2, noviembre, 1995, pp. 69-72; Laudo CCI nº 8324/1995, *Journ., dr. int.*, 1996, pp. 1019-1022 ; Laudo CCI nº 9083/1999, *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 11, nº 2, 2000, pp.78-82.

una compraventa internacional, por lo que aplicó la CCIM<sup>20</sup>. Incluso puede llegarse a una aplicación cumulativa de la CCIM y de un Derecho estatal como hizo el Laudo CCI n° 7399/1993, que entendió que *“That for the purposes of the present arbitration the questions of whether or not the parties entered into a valid and binding contract, whether or not there has been a breach of such a contract and, if so, the extent of any damages to be paid are governed by the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Any other substantive matter covered by the Terms of Reference is governed by the law of the State of California”*<sup>21</sup>.

Deberá tener en cuenta que la autonomía de los contratantes, previsto en el art. 6, se convierte en uno de los ejes más sobresalientes de la Convención al permitir que las partes excluyan la aplicación de la Convención o establezcan excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modifiquen sus efectos<sup>22</sup>. Si esta circunstancia se produce, y la práctica apunta una gran variedad de situaciones, como la exclusión implícita (*v.gr.*, la

---

<sup>20</sup> *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 1040 ss y nota de J. Arnaldez; *vid.* Laudo CCI n° 7331/1994, *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 6, n° 2, noviembre, 1995, pp. 73–76; Laudo de la China International Economic & Trade Arbitration Commission n° G20010386 de 10 de mayo de 2005; Laudo de la International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation 1 de febrero de 2007, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13355&x=1>.

<sup>21</sup> *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 6, n° 2, noviembre, 1995, pp. 68–69.

<sup>22</sup> Laudo del Tribunal *ad hoc* de Florencia: *“Poiché la difesa della [Y] ha fatto più volte riferimento ai principi recepiti nella Convenzione di Vienna 11 aprile 1980 sui contratti di vendita internazionale (ratificata dall'Italia con legge 11 dicembre 1985 n. 765 ed entrata in vigore l'1 gennaio 1988), il Collegio ritiene, a maggioranza, senza entrare nel merito della rilevanza della Convenzione stessa ai fini della controversia, che sia da escludere la sua applicabilità. E ciò sia perché la Convenzione non è stata ratificata dal Giappone, sia perché il contratto di concessione, all'art. 39, prevede che il rapporto sia sottoposto unicamente alla legge italiana”*. El árbitro disidente entendió, sin embargo, en su voto particular que: *“perché la maggioranza ha ritenuto che al contratto inter partes non si applichi la Convenzione di Vienna, e ciò nonostante essa sia applicabile in forza dell'art. 1.1 b, in quanto la indicazione da parte dei contraenti del diritto italiano come diritto applicabile conferma l'applicabilità della Convenzione, lungi dall'escluderla ex art. 6 della Convenzione stessa”*. *Vid.* J. Cappuccio, “La deroga implícita nella Convenzione di Vienna del 1980”, *Dir. comm. int.*, 1994, pp. 867–873. Laudo CCI n° 9187: *“As a rule, Swiss law encompasses every international convention to which Switzerland is a party. Since Switzerland is a party to the CISG, the latter, consequently, is a part of Swiss law. Therefore, should contracting parties wish to exclude the application of CISG to a contract, the parties must explicitly state that CISG does not apply to the contract, or alternatively, that only Swiss domestic law is applicable to the Contract”* (*Bull. CI Arb. CCI*, vol. 11, n° 2, 2000, pp. 93–103).

remisión a una disposición individualizada de un Estado determinado) el árbitro, al igual que el juez no podrán aplicar la Convención<sup>23</sup>.

ii) En el segundo caso, el margen de maniobra del árbitro para aplicar este instrumento internacional es mucho mayor que el que concierne a un juez estatal, pudiendo hacerlo si estima que tal elección resulta adecuada; es el caso de que las partes designen aplicable la Convención sin reunir los requisitos previstos en el art. 1 de la misma. El Laudo CCI n° 7153/1992 resolvió afirmativamente la cuestión relativa a si el supuesto entraba dentro del contenido de este último precepto afirmando que “(s)elon l'intime conviction du tribunal arbitral, ladite Convention s'applique à défaut d'un accord entre les parties afférent au droit applicable en l'espèce”<sup>24</sup>.

12. Mayores problemas plantea, sin embargo, el alcance de la elección pues como regla general se admite que tal elección produce una suerte de “incorporación por referencia” de la Convención (en nuestro caso de la CCIM) al contrato con la consecuencia de que sus disposiciones imperativas no invalidan las cláusulas que resulten contrarias<sup>25</sup>. De lo dicho se desprende que en caso de elección por las partes de la CCIM, si ésta se aplica en su integridad y si su aplicación viene directamente de la voluntad de las partes o es el resultado de una remisión conflictual. El Laudo CCI n° 7582/1992 se ha pronunciado sobre esta cuestión en el sentido de que cuando la Convención es fruto exclusivo de la autonomía de la voluntad de las partes posee una naturaleza exclusivamente contractual, todo lo contrario que cuando “the convention is applicable because it has been ratified, it has the same nature as a statute or an act of parliament”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> A. Mourre, “Aplicación por el árbitro de la Convención...”, *loc. cit.*, pp. 173–191.

<sup>24</sup> *Journ. dr. int.*, 1992, pp. 105 ss y nota de D. Hascher; *vid. J.J. Callaghan*, “U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Examining the Gap-Filling Role of CISG in Two French Decisions”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 14, 1995, pp. 183–200; en la misma dirección *vid. Laudo CCI n° 7197/1992*, *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 1028 ss y nota de D. Hascher; *Laudo CCI n° 7531/1994*, *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 6, n° 2, 1995, pp. 67–68.

<sup>25</sup> P. Mayer, “L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé”, *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, p. 275 ss.

<sup>26</sup> H. Muir Watt, “L'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises devant l'arbitre international”, *Rev. dr. aff. int.*, 1996, n° 3, pp. 401–406.

Esta solución no ha dejado de suscitar importantes críticas de parte de los círculos arbitrales<sup>27</sup> pues aunque pudiera justificarse en caso de que fuera un juez el que resolviera, no resulta de recibo en el marco del arbitraje por contar el árbitro con un marco de actuación distinto como pondremos de relieve en las páginas siguientes. Tal opción podría tener cabida en el pasado, pero en el presente la tendencia apunta a soluciones como la contenida en el art. 17.1º Regl CCI: “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia”<sup>28</sup>. Con ello cabe rechazar el juego del Derecho conflictual clásico en este sector: desde el momento en que el árbitro carece de foro, no dispone de un sistema conflictual propio<sup>29</sup>. Y ello, al margen del respeto que demuestran los árbitros hacia la CCIM por su generalizada aceptación en la práctica de los negocios transnacionales, como evidencia el Laudo CCI nº 9887/1999<sup>30</sup>.

### III. *Lex mercatoria* y arbitraje comercial internacional

#### 1. *Desnacionalización de la ley aplicable al arbitraje*

13. Entre las alternativas para la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia por los árbitros, a falta de designación previa por las partes, está la elección directa por éstos de la ley adecuada prescindiendo del empleo de lo que pudiera disponer una norma de conflicto, esto es, huyendo de las técnicas clásicas del Derecho internacional privado aunque acudiendo directamente a normas estatales elegidas sin las restricciones impuestas por ningún sistema de elección de leyes en particular. Esta opción ofrece una tendencia expansiva pues si las partes no han efectuado una remisión de este tipo o existen serias reticencias a la aplicación de los Derecho estatales en presencia se abre la posibilidad de acudir a la aplicación de un Derecho no estatal<sup>31</sup> a partir de opciones distintas.

<sup>27</sup> Vid. las observaciones realizadas por Y. Derains, *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 1020 ss.

<sup>28</sup> A. Giardina, “Le norme di diritto sostanziale...”, *loc. cit.*, pp. 45–55; L. Fumagalli, “La legge applicabile al merito della controversia secondo il regolamento ICC del 1998”, *Dir. comm. int.*, vol. 15, nº 3, 2001, pp. 539–560; H. Grigera Naón, “Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration”, *R. des C.*, t. 289, 2001, pp. 210–223.

<sup>29</sup> Cf. A. Mourre, “Aplicación por el árbitro...”, *loc. cit.*, p. 183.

<sup>30</sup> *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 11, nº 2, 2000, pp. 109-116

<sup>31</sup> W. Kuhn, “Choice of Sustantive Law in the Practice of International Arbitration”, *Int'l Bus. Law.*, vol. 25, 1997, pp. 148–151.

i) La eventualidad de aplicar normas jurídicas elaboradas por algún organismo internacional y no incorporadas a ningún ordenamiento estatal, tales como principios rectores de la contratación, *restate-ments of law*, códigos de conducta, convenciones internacionales aun no vigentes o leyes modelo.

ii) La posibilidad de que los árbitros resuelvan la controversia con el apoyo exclusivo de principios generales derivados de la práctica mercantil internacional. En este último caso se toman como referente principal los usos de comercio que se producen con la reiteración de determinadas pautas en la conducta de los operadores del comercio que con el tiempo son generalmente aceptadas y socialmente exigibles en función de que sobre ellas existe una opinión favorable<sup>32</sup>; desde el momento en que exista certeza acerca de su existencia y sean regularmente observados podría afirmarse su autoridad como fuente del Derecho en los sistemas cuyos Códigos de comercio, aluden a los usos como fuente subsidiaria de Derecho en defecto de ley<sup>33</sup>.

14. En el desarrollo de este pretendido ordenamiento ha tenido un papel relevante la expansión del arbitraje comercial internacional como procedimiento de arreglo de controversias; y a ello no es ajena la consideración de esta institución como jurisdicción supranacional o “anacional” pues son los árbitros los que aplican en sus decisiones, cada vez con más énfasis, los usos y costumbres creados por la aludida sociedad de comerciantes. Cuestión distinta es su empleo exclusivo en la resolución de controversias al margen de otro orden jurídico establecido pero no puede ignorarse la participación de los árbitros en la formación de la *lex mercatoria* al fundamentar sus soluciones en los usos de comercio internacional contribuyendo, de ese modo, a ponerlos de manifiesto por medio de los denominados “principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional”<sup>34</sup>. Se alude así a la presunción de la competencia profesional de las partes, a la obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar su perjuicio, a la vigencia del principio *pacta sunt servanda*, a la presunción, en ausencia de acción, de renuncia a las sanciones contractuales, al deber de cooperación de las par-

---

<sup>32</sup> Un estudio clásico de esta materia es la monografía de A. Kassis, *Théorie générale des usages de commerce*, Paris, LGDJ, 1984.

<sup>33</sup> M. Otero Lastres, “La interpretación y aplicación por la jurisprudencia de los usos de comercio”, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 11–28.

<sup>34</sup> En la terminología de la Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 9 de diciembre de 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 183.

tes....<sup>35</sup>, sin descartar la referencia el principio de la buena fe presente en el polémico laudo *Norsolor* o en el laudo parcial *Valenciana*.

Con todo, la actuación del tribunal arbitral a la hora de decidir el bloque normativo aplicable al arbitraje en ausencia de la voluntad de las partes aún no ha desvinculado por completo del marco estatal. En concreto, tratándose de un litigio vinculado a un contrato internacional, éste no se somete automáticamente a la acción de la *lex mercatoria*, sino que los árbitros determinan que por su propia naturaleza debe insertarse dentro de un determinado sistema estatal<sup>36</sup>. Los árbitros en el ejercicio de la libertad que se les reconoce para determinar el Derecho aplicable se inclinan con frecuencia a designar el Derecho más vinculado, pero también tienen otras opciones. Un ejemplo de la designación a un determinado ordenamiento estatal, en este caso el español, se encuentra en el Laudo CCI nº 2438/1975 por el hecho de que “el contrato inicial, al que se encontraban estrechamente vinculadas todos los actos adicionales posteriores, se concluyó en España y que el lugar principal de ejecución de las obligaciones del vendedor también se encontraba en ese país (...) hay aquí una convergencia de indicios de localización que debe conducir a que se designe la ley española como aplicable al caso”<sup>37</sup>.

## 2. “Cohabitación” entre el orden jurídico estatal y la *lex mercatoria*

15. Hasta ahora nos hemos ocupado del alcance de la aplicación por los árbitros de un determinado ordenamiento estatal o de una convención internacional. Sin embargo hay ocasiones en que las partes, en vez de incluir en su contrato una cláusula de elección a tal ordenamiento, deciden una solución de carácter “anacional” consistente en someterlo a un supuesto “Derecho transnacional” o a la *lex mercatoria*, esto es, a usos comerciales, prácticas negociales, principios generales de la contratación, reglas uniformes... que tienen su origen en la denominada sociedad internacional de comerciantes<sup>38</sup>. Es cierto que la *lex mercatoria* no puede ser aplicada más que a título

---

<sup>35</sup> Y. Derains, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Corte Española de Arbitraje, 1985, pp. 53–59.

<sup>36</sup> I. Strenger, “A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 3, 2004, pp. 7–20.

<sup>37</sup> *Journ. dr. int.*, 1976, p. 969.

<sup>38</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, nos 37–38; A. Hierro y M.A. Malo, “Lex Mercatoria Revisited”, *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13355&x=1>.

supletorio si existe una cláusula de elección de una ley estatal o cuando el contrato presente unos vínculos estrechos y evidentes con un determinado Estado<sup>39</sup>; y también es cierto que la referencia contractual a la *lex mercatoria* normalmente deviene ineficaz ante un órgano jurisdiccional estatal como cláusula de elección de ley aplicable.

Si las partes se someten al arbitraje, una incorporación por referencia de este tipo no debiera suscitar problemas toda vez que el árbitro está obligado a dar aplicación a lo convenido por las aquéllas. En esta materia las controversias pueden ser solucionadas aplicando normas de contenido anacional agregadas de forma autónoma o conjuntamente con un determinado Derecho estatal, dando lugar a una suerte de “convivencia normativa”. Una cohabitación que, dígame de paso, ha de tener en cuenta que con frecuencia la *lex mercatoria* precisa de la labor creativa, en ocasiones excesivamente creativa, de los árbitros para llenar eventuales lagunas y solventar eventuales imprecisiones<sup>40</sup>. Dicha convivencia no podrá tener lugar si en la cláusula compromisoria se establece la aplicación de una ley estatal “con exclusión de cualquier otra ley”: se trata de evitar que las partes puedan verse apresadas por la aplicación de unas normas a las que en ningún momento quisieron someterse por muy extendidas que estén en las transacciones comerciales internacionales (*v.gr.*, las condiciones FIDIC y ENAA). Según dispone el Laudo CCI n° 8873/ 1997

*“Etant donné que dans le contrat... les parties n'ont fait aucune référence aux Principes en question [d'Unidroit] et que la formulation de la clause sur la loi applicable permet d'exclure avec certitude que les parties aient voulu soumettre le contrat à la lex mercatoria ou aux principes généraux du droit, on ne voit pas comment les principes en question pourraient trouver application en tant que tels”*<sup>41</sup>.

16. Aun cuando el argumento acerca de la escasez normativa de la *lex mercatoria* está cada vez más en declive<sup>42</sup>, no cabe duda que ésta se refiere por lo general a un mínimo de normas concretas en el Derecho de obligaciones y contratos y los usos, que integran su parte más desarrollada, suelen referirse a operaciones muy precisas del comercio internacional; por contra de los principios generales del Derecho, poseen un mayor ámbito de generalidad que les permite conducir a

<sup>39</sup> Laudo CCI n° 6500/1992, *Journ. dr. int.*, t. 119, 1992, pp. 1015–1018 y nota de J.J. Arnaldez.

<sup>40</sup> W. Wengler, “Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 467–501.

<sup>41</sup> *Journ. dr. int.*, t. 125, 1998, 1017 ss y nota de D. Hascher.

<sup>42</sup> Cf. F. K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15–47, esp. p. 29.

una concreta solución en un determinado litigio. De ahí que para colmar las frecuentes lagunas de la *lex mercatoria*, los árbitros sean muy proclives al empleo de los principios generales del Derecho para extraer de ellos las normas aplicables al caso concreto. Si no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, en su formulación se encuentran, en efecto, una serie de principios generales: que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos<sup>43</sup>; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes<sup>44</sup>; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc...

<sup>45</sup> Resulta ilustrativo el Laudo CCI n° 5065/1986 donde los árbitros decidieron excluir la aplicación de una determinada ley estatal para pronunciarse acerca de su propia competencia entendiendo que el Derecho más adecuado debía desprenderse de “los principios generales del Derecho y los usos aceptados en el comercio internacional, en particular el principio de la buena fe”<sup>46</sup>.

Quiérase o no, los denominados “principios generales del comercio internacional”, entendidos como un conjunto normativo que no deriva de un único ordenamiento estatal sino que se desprende de la comparación de los Derechos nacionales, de fuentes internacionales tales como los convenios internacionales, o de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en función de su generalidad y abstracción no permiten resolver la inmensa mayoría de los litigios comerciales internacionales<sup>47</sup>. Por el momento nos hallamos ante el germen de una tendencia que considera a la *lex mercatoria* como un mero recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos comerciales inter-

---

<sup>43</sup> P. Mayer, “Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international”, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 543–556.

<sup>44</sup> P. Morin, “Le devoir de coopération dans les contrats internationaux: droit et pratique”, *DPIC*, t. 6, 1980, pp. 9–28.

<sup>45</sup> O. Lando, “The *Lex Mercatoria*...”, *loc. cit.*, pp. 747 ss.

<sup>46</sup> *Journ. dr. int.*, 1987, pp. 1039 ss y nota de Y. Derains.

<sup>47</sup> E. Gaillard, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 204; *id.*, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arb. Int'l*, vol. 17, 2001, pp. 59–71.

nacionales; es decir, que ante la duda sobre el sentido y el alcance de una cláusula de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo<sup>48</sup>. Tal vez por estas razones, como los propios prácticos del arbitraje reconocen, la referencia a la *lex mercatoria* “continúa siendo relativamente poco común” prefiriendo las partes someterse a una ley nacional única<sup>49</sup>. Pero estas lagunas e imprecisiones no constituyen elementos indispensables para la verificación de un verdadero ordenamiento jurídico, tanto más a partir de la posibilidad que tienen los árbitros de determinar su contenido<sup>50</sup>.

17. Resulta factible en ciertos casos, cuando las divergencias entre la ley estatal aplicable, según el juego de las normas de conflicto, y el *lex mercatoria* es manifiesto, la aplicación de esta última. Por ejemplo, la apuntada obligación de minimizar los daños está presente en el *lex mercatoria* y es conocida por los sistemas de *common law*, mas no es aceptada en muchos sistemas de Derecho escrito. Si el contrato está sometido al Derecho español, pero en virtud de su carácter transnacional es regulado por el *lex mercatoria*, parece claro que la regla de minimización de los daños debería ser aplicada, no porque dicha *lex mercatoria* posea una jerarquía superior, sino porque la ley estatal no da una respuesta pertinente a esta cuestión. Es un supuesto que encaja con precisión dentro de la autonomía material de las partes, que pueden interactuar en aquellas cuestiones reguladas mediante normas dispositivas en el Derecho aplicable.

Y tampoco puede descartarse la posibilidad de completar o de modificar el contenido de la ley estatal elegida por las partes con el recurso a normas de carácter transnacional, si bien la mayor parte de los supuestos de este tipo se vinculan a los litigios entre Estados e inversores extranjeros que poseen un fuerte contenido “anacional”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Vid. K. Highet, “The Enigma of the *lex mercatoria*”, *Tul. Law Rev.*, 1989, pp. 613–628.

<sup>49</sup> Cf. Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio internacional*, México, Oxford University Press, 2001, pp. 268–269.

<sup>50</sup> Cf. A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 99.

<sup>51</sup> Laudo CIADI de 20 de mayo de 1992, (*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd / República Árabe de Egipto*), párrafo 84, donde la aplicación de la ley egipcia fue completada con los principios de Derecho internacional, *Journ. dr. int.*, t. 121, 1994, pp. 229 ss y nota de E. Gaillard.

## 2. *Ámbito de aplicación de la lex mercatoria*

### A) *Lex mercatoria* y normas imperativas

18. La respuesta es menos simple cuando la ley estatal susceptible de entrar en contradicción con el *lex mercatoria* es una norma imperativa que el Estado donde ha sido promulgada pretende aplicar de manera inmediata<sup>52</sup>. La aplicación por el árbitro de este tipo de leyes conduce inexorablemente a una indagación en torno a cuestiones de teoría general del arbitraje del tenor de los límites de la misión del árbitro o de su autonomía a la hora de determinar el Derecho aplicable de las que decidimos prescindir. Baste dejar constancia de que el árbitro se encuentra en mejor posición que el juez nacional para considerar de manera neutral la aplicación de leyes de policía o de aplicarlas o tenerlas en cuenta en su decisión cualquiera sea su origen nacional.

A estos efectos, acaso resulte útil retrotraerse a las teorías clásicas del Derecho civil, que afectan a la contratación internacional; ciertamente, el comercio internacional se basa en un entramado de derechos y deberes caracterizados por su disponibilidad. Tanto en el intercambio de mercancías, servicios o capitales, las partes en los contratos internacionales compran, venden o permutan derechos que son disponibles para ellos. Sin embargo, este carácter disponible del Derecho objeto de negocio no significa que la operación jurídica de intercambio quede regida completamente por normas dispositivas para las partes. La regulación de fuente estatal sobre determinadas operaciones comerciales oscila entre la casi completa indiferencia (el ejemplo típico es la compraventa, cuya regulación contenida en la Convención de Viena de 1980 es casi sustituible en su integridad por el contenido contractual que las partes prefieran) a la atención constante sobre ciertos contratos que pueden afectar a intereses colectivos. A este respecto debe recordarse que el art. 1.4 (“Reglas imperativas”) de los Principios Unidroit establecen que “Ninguno de estos Principios tendrá por efecto restringir la aplicación de normas imperativas, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado”. Nos hallamos ante un postulado habitual en las transacciones transfronterizas, que restringe la libertad de las partes contratantes, en el sentido de que no podrán contrariar a este bloque normativo de *ius cogens* inserto en el Derecho estatal que resulte aplicable. Co-

---

<sup>52</sup> M. Blessing, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, *J. Int'l Arb.*, vol. 14, n° 4, 1997, pp. 23–40.

mo puede observarse la elección de las partes de los Principios de Unidroit como ley aplicable al contrato no desplaza en modo alguno a las reglas imperativas del Derecho interno.

19. Esta idea supone aceptar que la tesis del efecto relativo de los contratos debe ser revisada. Verdad es que el negocio despliega sus efectos entre las partes, mas en algunos casos también manifiesta efectos colaterales sobre el mercado en el que se extiende o sobre su entorno social: nos hallamos ante el concepto económico de “externalidad”, que encuentra su trasunto jurídico en las normas imperativas. Cuando la actividad privada afecta al entorno, entonces el ordenamiento reacciona activando normas imperativas que no pueden ser alteradas ni por la acción de la norma de conflicto, ni por voluntad de las partes.

Un ejemplo concreto lo ofrece el Derecho de la competencia, minuciosamente regulado en las normativas nacionales y en el Derecho comunitario pero mínimamente considerado en la *lex mercatoria* que se limita a establecer el principio del respeto y de la defensa de una competencia efectiva. Y, ciertamente, si nos detenemos en el caso de los contratos de distribución en exclusiva, encontramos el mejor objeto de prueba de este aserto<sup>53</sup>. En cuanto pacto entre las partes, éstas disponen de libertad para regular su contenido y el Derecho que sea aplicable; pero como la operación jurídica conlleva ciertos riesgos desde el punto de vista de la libre competencia, las normas imperativas de defensa de la competencia, vigentes en el mercado en el que el contrato expande sus efectos, pueden ser aplicadas. Y lo harán a título de norma de protección del mercado afectado: esto es, un contrato que expande efectos externos y el marco jurídico reacciona en consecuencia. Sigue tratándose del intercambio de derechos disponibles, pero tal intercambio genera una consecuencia social que ya no es dispositiva. De ello resultan consecuencias esenciales en el régimen jurídico rector del contrato; cuando la validez de un acuerdo transnacional restrictivo de competencia, o la responsabilidad incurrida por una práctica restrictiva de la competencia con efectos transnacionales, son el objeto de un litigio, el juez no podría decidir más que recurriendo a la ley estatal sobre la competencia que le parezca aplicable, a tenor de

---

<sup>53</sup> Es el punto de partida de la STJCE 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, Rec. 1999; vid. S. Álvarez González, “Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia”, *La Ley*, n° 4895, 1999, pp. 1-4; L. Idot, “L’arbitre et l’ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice”, *Rev. arb.*, 1999, n° 3, pp. 631-653; T. Diederik de Groot, “The Impact of the *Benetton* Decision on International Commercial Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, vol. 20, 2003, pp. 365-375.

lo previsto en el art. 9 Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>54</sup>, o en el art. 11 Convención de México de 1994.

B) Aplicación de la *lex mercatoria* a título principal: consecuencias de la “elección negativa”

20. Prescindiendo de la referida “cohabitación”, la llamada a la *lex mercatoria* a título principal y exclusivo manifiesta evidentes dosis de imparcialidad y de neutralidad<sup>55</sup>. Y estas bondades también pueden ponerse de manifiesto cuando las partes han omitido una referencia a la ley aplicable al contrato. Junto a soluciones de cariz objetivo inapropiadas o de soluciones sofisticadas como las previstas en el sistema europeo en el art. 4 Reglamento Roma I, el árbitro al elegir la aplicación de la *lex mercatoria* cuenta con la ventaja añadida de utilizar un método mucho más rápido y flexible<sup>56</sup>. Así en el asunto *Norsolor* los árbitros estimaron que “ante la dificultad de elegir la ley nacional cuya aplicación se impondría con suficiente fuerza” y “teniendo en cuenta el carácter internacional del contrato” debía descartarse cualquier “referencia apremiante a una legislación específica, sea turca o francesa, y aplicar la *lex mercatoria* internacional”.

Con todas las reservas que una solución tan drástica puede deparar<sup>57</sup>, no parece que exista inconveniente en que el árbitro llegue a la *lex mercatoria* por deducción de la voluntad implícita de las partes a

---

<sup>54</sup> Como también ha ratificado el TJCE en las SS de 28 de marzo de 2000, *Krombach / Bamberski*, Rec. 2000 y de 11 de mayo de 2000, *Régie nationale des usines Renault S.A. / Maxicar SpA, Orazio Fomento*, Rec. 2000, con nota de S. Álvarez González, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, n° 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1–4.

<sup>55</sup> Considerando que la autonomía de la cláusula compromisoria permite excluir a ésta de la ley que rige en fondo del contrato: “*justifie cette référence à une règle non étatique déduite des seules usages du commerce international*”: Laudo CCI n° 5721/1990, *Journ. dr. int.*, t. 117, 1990 pp. 1019 ss y nota de Y. Derains. “*Il incombe au tribunal d'arbitrage de choisir les sources de droit applicables pour la détermination de la validité de la convention d'arbitrage, sans qu'il lui soit nécessaire d'établir le droit international privé applicable à condition que ce choix ne soit pas contraire aux règles d'arbitrage iraniennes ou françaises*”. *Vid.*, asimismo, Laudo CCI n° 4381/1986, *Journ. dr. int.*, t. 113, 1986, p. 1102 ss y nota de Y. Derains.

<sup>56</sup> *Vid.* el texto del Laudo en *Rev. arb.*, 1983, p. 525 ss y nota de B. Goldman, pp. 379–409; *Yearbook Comm. Arb'n*, 1984, pp. 109 ss; y su versión castellana en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, vol. I, *Derecho judicial internacional*, 2ª ed., Madrid, SPFDUCM, 1992, pp. 808–817.

<sup>57</sup> O. Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, *Arb. Int'l*, vol. 2, 1986, pp. 104–115.

partir de un argumento *a contrario*: si las partes han guardado silencio en torno a la ley aplicable se entiende que no han querido someterse a una ley nacional determinada; es lo que se denomina “elección negativa” en la práctica arbitral. Como pusiera de relieve el Laudo CCI n° 2291/1976 cuando “*les parties n’ayant pas pris la précaution de rédiger un contrat formel, il convient d’interpréter leurs volontés et leurs engagements à partir de leurs écrits, et en fonction des principes généraux du droit et de l’équité, qui doivent régir les transactions commerciales internationales*”<sup>58</sup>. De admitirse esta eventualidad, en defecto de elección expresa a la *lex mercatoria* el árbitro deberá intentar la determinación del “Derecho aplicable” de manera objetiva teniendo en cuenta que dicha expresión no se limita a una ley estatal *strictu sensu*. No obstante sus facultades en la materia no son ilimitadas apuntado la jurisprudencia arbitral que en un primer momento el árbitro deberá indagar si el supuesto presenta vínculos estrechos con la ley de un determinado Estado. De acuerdo con el Laudo CCI n° 5953/1989 en el asunto *Valenciana* “*à défaut de volonté commune exprimée, il convient de rechercher dans un premier temps, si le contrat qui lie les parties présente objectivement des points de rattachement plus nombreux ou plus importants avec le droit de tel ou tel Etat*”<sup>59</sup>.

21. Evidentemente, la elección del Derecho aplicable debiera ser formulada siempre de modo inequívoco, sin embargo, esto no se produce en todos los casos suscitándose un problema de interpretación respecto al objeto del *pactum de lege utenda*, como evidenció el Laudo CCI n° 7375/1996<sup>60</sup>. En este asunto el gobierno iraní y la sociedad norteamericana Westinghouse habían pactado la provisión de radares a instalar en algunas bases militares iraníes; fijada su propia competencia los árbitros se interrogaron acerca de la determinación del Derecho aplicable, toda vez que ninguno de los contratos sobre los que versaba el litigio contenía una cláusula en tal sentido. La demandante y la demanda reclamaban, respectivamente, la aplicación del Derecho iraní y la del Derecho del Estado de Maryland (USA). La opción no era en modo alguno baladí pues, mientras que en el Derecho iraní post revolucionario no estaba prevista la aplicación de términos de prescripción, para la ley del Estado de Maryland los derechos del Estado de Irán habían prescrito. El tribunal arbitral entendió que, con base en la teoría general del Derecho y a una práctica consolidada, el

---

<sup>58</sup> *Journ. dr. int.*, 1976, p. 989.

<sup>59</sup> *Journ. dr. int.*, 1990, p. 1056.

<sup>60</sup> *Rev. dr. unif.*, 1997, pp. 598-599.

Derecho aplicable a la controversia debía buscarse por medio de un método de carácter objetivo observando que la relación controvertida presentaba un vínculo más estrecho con el ordenamiento de Maryland: En efecto, allí se encontraba el domicilio del vendedor y el lugar de ejecución de las prestaciones nacidas del contrato y, de acuerdo con estas premisas, la tesis de la demandada debía ser aceptada. Sin embargo, consideró que dicho método no era satisfactorio en cuanto no tenía en cuenta un elemento fundamental: que la ausencia de una cláusula de elección del Derecho aplicable no era en modo alguno casual si no que era una consecuencia intencionada de las partes existiendo una “elección negativa implícita” que se manifestaba precisamente, en la voluntad de cada una de las partes de evitar la aplicación de la ley del país de la contraparte.

Por ello al tribunal arbitral no le quedaba otra opción que explorar otro camino con el fin de individualizar un tercer Derecho con respecto al de las partes en causa. Al respecto, los árbitros examinaron tres hipótesis de solución: Individualizar la ley de un tercer Estado, aplicar la teoría del *tronc-commun* (a la que nos referiremos más abajo), o basarse en principios generales de Derecho de los negocios internacionales. La primera solución no podía admitirse por no hallarse en el caso elementos suficientes para individualizar una conexión estrecha con la ley de un tercer Estado; la segunda, aunque no desdeñable teóricamente, no resolvía la cuestión sujeta a controversia, ya que justamente en materia de prescripción el Derecho iraní ofrecía una solución opuesta a la de la ley de Maryland. Al tribunal no quedó otra alternativa que la tercera solución, o sea la del recurso a los principios generales del Derecho de comercio internacional y a la *lex mercatoria*. Ésta tenía, en efecto, la ventaja de tutelar el interés negativo común a ambas partes consistente en impedir que el que tiene que juzgar aplique normas específicas de un Derecho interno que las partes no conozcan o que resulten inadecuadas en un contexto internacional. A la luz de este importante laudo:

*“The tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a lex mercatoria, also taking into account any relevant trade usages as well as the Unidroit Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules”.*

22. La *lex mercatoria* se ha convertido a partir de aquí en un instrumento fundamental en el Derecho de los negocios transnacionales siendo considerada por la jurisprudencia arbitral con el mismo rango

que los sistemas jurídicos estatales afirmando expresamente la juridicidad de sus normas precisándolas e, incluso, creándolas<sup>61</sup>. Por eso la controversia se ha desplazado de la juridicidad de las normas a las posibilidades de su aplicación al caso concreto. La jurisprudencia emanada de los recursos de anulación y de los procedimientos de exequátur de laudos pronunciados en las grandes plazas internacionales donde se efectúa el arbitraje es proclive a esta tendencia. Baste referirse a que en Francia la *Cour de cassation* manifestó en su sentencia de 13 de octubre de 1981 (*Fougerolle / Banque du Proche Orient*) que la *lex mercatoria* podía alcanzar la cualidad de *lex contractus*<sup>62</sup>; debe tenerse en cuenta que en la sentencia de apelación que motivó este fallo la *Cour d'appel* de París, 12 de junio de 1980, había dejado constancia de que los árbitros habían juzgado sobre la base de los principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional y apoyándose en un uso del comercio internacional “*s'imposant avec la force de l'évidence*” y “*qu'en se déterminant ainsi selon des règles de droit, les arbitres ont statué dans les termes du compromis*”. Otro tanto ocurre con el Tribunal Supremo de Austria, que se negó a anular el laudo arbitral pronunciado en el asunto *Norsolor*, donde los árbitros se habían referido a la *lex mercatoria* apoyándose en el principio general de la buena fe para decidir acerca de la responsabilidad derivada de la ruptura de un contrato de representación comercial<sup>63</sup> y esta decisión fue refrendada en el exequátur del laudo solicitado en Francia al entenderse que el fallo se había fundamentado en los “principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional”<sup>64</sup>. Esta línea ha sido confirmada también para rechazar el recurso en nulidad contra el laudo parcial en el asunto *Valenciana*<sup>65</sup> donde el árbitro único, después de haber comprobado que las partes no habían tenido la intención someter el contrato litigioso a una ley estatal determinada decidió que el litigio debía regirse únicamente por los usos del comercio internacional, también llamados *lex mercatoria*. La *Cour de cassation* consideró para zanjar la cuestión que el árbitro, al referirse al

<sup>61</sup> F. Galgano y F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Pádua, Cedam, 2007, pp. 263–264.

<sup>62</sup> *Journ. dr. int.*, t. 109, 1982, pp. 931 ss y nota de B. Oppetit; *Rev. arb.*, 1982, pp. 183 ss y nota de G. Couchez.

<sup>63</sup> *IPRax*, 1984, p. 97 ss y nota de B. von Hoffmann; *Yearbook Comm. Arb'n*, 1984, pp. 159 ss y nota de W. Melis.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal de *Grande instance* de París de 4 de marzo de 1981 (*Journ. dr. int.*, t. 108, 1981, pp. 836 ss y nota de Ph. Kahn).

<sup>65</sup> Laudo parcial del Tribunal de arbitraje de la CCI de 1 de septiembre de 1988 (*Primary Coal / Compañía Valenciana de Cementos Portland*), *Rev. arb.*, 1990, pp. 701–712.

conjunto de reglas del comercio internacional derivadas de la práctica y sancionadas por las jurisprudencias nacionales, había decidido en Derecho de conformidad con el mandato que había recibido del acta de misión. De esta suerte estableció que los principios rectores de la *lex mercatoria* tenían la consideración de “normas de Derecho”<sup>66</sup>. La jurisprudencia italiana contiene también precedentes que corroboran esta corriente de admisión favorable; la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 8 de febrero de 1982 (*Ditta Fratelli Damiano s.n.c. Ditta August Topfer & Co. GmbH*), estableció al respecto que “*Nella misura in cui si constata che quegli operatori –prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dalla ubicazione della loro attività in uno Stato– consentono su valori basilari inerenti al loro traffico, e, quindi, mostrano di nutrire (...) l’opinione necessitatis, deve ritenersi che esista una lex mercatoria...*”<sup>67</sup>; y del mismo tenor es la jurisprudencia, inglesa<sup>68</sup> y suiza<sup>69</sup>.

### C) Aplicación del “tronco común” de las leyes nacionales en presencia

23. El silencio de las partes para la elección del Derecho aplicable puede ser completado con una técnica alternativa, aunque estrechamente vinculada, a la *lex mercatoria*. Partiendo del rechazo a la aplicación de una ley estatal imprevisible, no puede descartarse la aplicación de la parte coincidente de las leyes nacionales en presencia en la relación controvertida. Más exactamente, el silencio puede expresar un repudio hacia la ley nacional de la otra parte contratante, lo que no implica descartar la aplicación de una suerte de “tronco común” de las

---

<sup>66</sup> Sentencia de la *Cour d’appel* de París (1<sup>ère</sup> Ch. Sect. C), de 13 de julio de 1989, *Journ. dr. int.*, t. 117, 1990, pp. 430 ss y nota de B. Goldman; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pp. 305 ss y nota de B. Oppetit; A. Boggiano, “Los métodos de determinación del Derecho aplicable según el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. A propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 13 de julio de 1989 in re “Compañía Valenciana de Cementos Portland S.A. vs. Primary Coal Inc.””, *El Derecho* (Buenos Aires), t. 141, pp. 977–979. Esta decisión fue confirmada por la Sentencia de la *Cour de Cassation* (1<sup>ère</sup> Ch. civ.) de 22 de octubre de 1991, *Journ. dr. int.*, 1992, pp. 456 ss y nota de P. Lagarde; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 113 ss y nota de B. Oppetit.

<sup>67</sup> *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1982, pp. 829 y nota a A. Giardina, “Arbitrato transnazionale e *lex mercatoria* di fronte alla Corte di Cassazione”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1982, pp. 754–765.

<sup>68</sup> Sentencia de la *Court of Appeal* de 24 de marzo de 1987 (*Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras Al Khaimah National Oil Co*), *Yearbook Comm. Arb’n*, 1988, pp. 522–536.

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal cantonal vaudois de 28 de enero de 1986, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 255 ss y nota de J.M. Vulliemin.

leyes llamadas a regir el contrato<sup>70</sup>; y las lagunas procedentes tal “elección negativa” podrían ser completadas con la *lex mercatoria* en una manifestación distinta de convivencia a la descrita precedentemente. La ventaja es que la aplicación del “tronco común” respeta el juego de la elección tácita de las partes que no queda distorsionada por el eventual capricho de los árbitros. Esto explica una práctica arbitral según la cual, ante el silencio de las partes respecto del Derecho aplicable al contrato, los árbitros no suelen optar por la ley nacional de una de ellas que, a todas luces, tomaría a la otra parte por sorpresa<sup>71</sup>.

Al hilo de esto hay ejemplos como el proporcionado por el Laudo CCI n° 1512/1971<sup>72</sup> donde el árbitro tomó como referente los principios generales de los sistemas jurídicos implicados en el litigio que eran similares para la interpretación de los contratos demostrando que, en el fondo, se obtenían las mismas soluciones a partir de una especie de “Derecho común” adecuado para resolver la controversia<sup>73</sup>. En el caso de referencia, sin embargo, el árbitro no procedió a una comparación entre las normas nacionales para determinar un “Derecho común”, sino que acudió directamente a los principios generales de interpretación de los contratos situados en el mismo plano que las normas del buen sentido comunes a los principales sistemas jurídicos de los países civilizados, y afirmar que estas normas tienen un lugar en los sistemas jurídicos indio y paquistaní.

La ausencia de elección de un único Derecho nacional aplicable constituiría, en el fondo, una doble elección. Una, de carácter positivo, denotaría la opción por las partes de solucionar sus litigios de acuerdo con las previsiones comunes o similares de sus respectivos Derechos nacionales. Otra, de carácter negativo, significaría el rechazo de los litigantes a ver aplicadas normas divergentes por exclusión. En definitiva, y en esa dirección parece avanzar la práctica arbitral, las partes habrían optado por la aplicación del “tronco común” como referencia de base y la *lex mercatoria* actuaría de complemento en caso de que las normas similares no fuesen suficientes en la solución del litigio en cuanto al fondo. A tal interpretación, los propios creado-

---

<sup>70</sup> Cf. M. Rubino-Sammartano, “Le ‘tronc commun’ des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l’arbitre international)”, *Rev. arb.*, 1987, pp. 133–138, esp. p. 136.

<sup>71</sup> Es lo que se denomina el elemento clave de la doctrina del “tronco común”; *vid.* B. Ancel, “Tronc commun. Logique et expérience dans l’arbitrage international”, *Il Foro padano*, 1990, parte seconda, pp. 20–26; *id.*, “The Tronc Commun Doctrine: Logisc and Experience in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, vol. 7, n° 3, 1990, pp. 65–72.

<sup>72</sup> *Journ. dr. int.*, 1974, p. 904.

<sup>73</sup> *Vid.* Y. Derains, *Jurisprudencia arbitral...*, *op. cit.*, p. 92.

res de la doctrina del “tronco común” oponen, no obstante, el tenor literal del art. 3.1º Reglamento Roma I que, en efecto, habla de demostrable y razonable certeza basada en los términos del contrato y en las circunstancias del caso para determinar una elección implícita. Dejando de lado la ausencia de vinculación para los árbitros del referido precepto, lo cierto es que la práctica arbitral no hace otra cosa que determinar las normas aplicables al supuesto de acuerdo con una razonable certeza sobre lo que las partes quisieron, a lo previsto en el contrato y las circunstancias del caso.

Es cierto que la línea argumental descrita ofrece una cierta ambigüedad, pero puede ser aceptada con las oportunas reservas. Es precisamente en la práctica arbitral, donde su desarrollo parece más previsible, dados los poderes de los árbitros respecto al Derecho aplicable al fondo de la controversia.

### 3. Superación de la referencia estatal para la solución de la controversia

24. Ninguna norma de obliga a los árbitros a aplicar obligatoriamente una ley nacional máxime cuando su jurisdicción está basada en la voluntad de las partes y no en la potestad jurisdiccional de un Estado determinado. No en vano, el art. 7 Convenio de Ginebra de 1961, dispone, como vimos, que los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. Es más, la libertad de acuerdo respecto a la ley aplicable al fondo de la controversia ha sido la fórmula recogida en el art. 13.3º del antiguo Reglamento de arbitraje de la CCI<sup>74</sup>, desarrollada y modernizada por el art. 17.1º del nuevo Reglamento en vigor a partir de 1998 que sustituyó la referencia a la “ley” por la de “normas jurídicas”, no quedando el árbitro obligado a elegir la ley aplicable a partir de una determinada norma de conflicto<sup>75</sup>. De aquí se sigue que la aceptación por las partes del referido Re-

<sup>74</sup> En el contexto de la práctica arbitral del antiguo art. 13.3º *vid.* Laudos arbitrales CCI nº 5835 (*ICC International Arbitration Bulletin*, vol. 10, nº 2, 1999, pp. 34–39); nº 7110 (*ibid.*, pp. 39–54); nº 7375 (*Rev. dr. unif.*, 1997, pp. 598–599); nº 8128 (*Journ. dr. int.*, t. 123, 1996, pp. 1024 ss y nota de D. Hascher); nº 8502 (*ICC, International...*, *loc. cit.*, pp. 72–74); nº 8817 (*ibid.*, pp. 75–78); nº 9117 (*ibid.*, pp. 96–1001).

<sup>75</sup> Art. 17.1º: “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”. *Vid.* Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento...*, *op. cit.*, pp. 266 ss; E. Gaillard, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arb. Int'l*, vol. 17, 2001, pp. 59 ss. En aplicación del nuevo art. 17.1º *vid.* Laudo CCI nº 8547 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, nº 2, 2001, pp. 57–60); nº 8873 (*Journ. dr. int.*, t. 125, 1998,

glamento permite que la ley pertinente para la solución del litigio sea elegida por los árbitros con exclusión de las leyes nacionales<sup>76</sup>, aunque no tiene por qué ser así en todos los casos. Según dispone el Laudo CCI n° 9416

*“The undersigned arbitrator is not convinced of the applicability of the so-called lex mercatoria. While acknowledging the authoritativeness of the school of thought that has posited the existence of such an unwritten and supranational law, based on principles and usages generally accepted by players in international commerce (the so-called mercatores), and although aware that there have even been awards in international commercial arbitration where explicit reference is made to lex mercatoria, the undersigned arbitrator sides with the other school of thought that does not believe in the existence of lex mercatoria and which firmly believes that the search for a law that can be applied to a contractual relationship must necessarily lead to the identification of a national law”<sup>77</sup>.*

En una dirección similar se expresa el art. 28.1° LMU, que autoriza a las partes elegir las “normas de Derecho” aplicables al fondo del litigio y sólo en caso de que no realicen tal elección se faculta al tribunal arbitral para aplicar “la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables” (art. 28.2°); a lo que hay que añadir lo dispuesto en el art. 42.1° Convención de Washington de 1965 cuando alude expresamente a “las normas de Derecho acordadas por las partes”<sup>78</sup>.

25. La apuntada tendencia es claramente seguida en Europa, como muestran, las reglamentaciones de Francia (de acuerdo con el art. 1496 *NCPC*, el árbitro dirime el litigio conforme al Derecho elegido por las partes y, en defecto de elección, de acuerdo a las normas que estime apropiadas teniendo en cuenta, en todo caso, los usos de comercio.), Países Bajos (el art. 1054 *CPC*, que ordena al tribunal arbitral dictar su laudo conforme a las “*rechtsregels*”, elegidas por las partes y, en defecto de tal elección, de conformidad con las “*rechtsregels*” que considere pertinentes.) o Suiza (el art. 187.1° *LDIP* se refiere, en su versión francesa a las “*règles de droit*”, y no al “Derecho”,

p. 1017); n° 9797 (J.M. Bonell, “A ‘Global’ arbitration decided on the basis of the Unidroit Principles: In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative”, *Arb. Int’l*, vol. 17, 2001, pp. 249–261); n° 9875 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, n° 2, 2001, pp. 95–97); n° 10022 (*ibid.*, p. 100) n° 10114; (*ibid.*, pp. 82–84); n° 10422 (*Journ. dr. int.*, t. 130, 2003, pp. 1142–1150).

<sup>76</sup> H. Grigera Naón, “Choice of Law Problems...”, *loc. cit.*, p. 213. *Vid.* Sentencia del Tribunal cantonal vaudois de 28 de enero de 1986, *cit.*

<sup>77</sup> *Bull. CI Arb. CCI / ICC ICArb. Bull.*, vol. 10, n°. 2, 1999, pp. 104-106.

<sup>78</sup> C.W.O. Stoecker, “The *Lex Mercatoria*: To what Extent does it Exist?”, *J. Int’l Arb.*, vol. 7, 1990, pp. 101 ss, esp. pp. 118–120.

elegidas por las partes; por lo que no quedan restringidas a la elección de un determinado Derecho estatal pudiendo optarse, sin duda alguna, por normas de carácter no nacional como la *lex mercatoria*<sup>79</sup>.

En puridad la reforma del arbitraje realizada en España refleja, como es lógico, esta tendencia. En la exposición de motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre se indica que la utilización en el art. 34 de la expresión “normas jurídicas” en vez de “Derecho aplicable” obedece a que “esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional”. Se trata de una clara diferencia con la situación de la anterior Ley 36/1988, en la que se utilizaba una norma de conflicto en cascada de carácter rígido y extraordinariamente inoperante. El art. 34 LA parece inclinarse por un arbitraje deslocalizado, posible sólo cuando éste sea internacional, de acuerdo a lo previsto en el art. 3 LA. Sin embargo, de la lectura de la referida exposición de motivos se infiere que el legislador se inclina a optar por una postura más pacífica muy cercana a la “convivencia” de la que se hablaba más arriba. La expresión “normas jurídicas” ofrece un abanico más amplio de posibilidades a las partes y a los árbitros, lo cual no significa que se vaya a prescindir de todo Derecho nacional en cada caso<sup>80</sup>.

Interesa retener que este es también el parecer de la llamada “sociedad de comerciantes” expresado con nitidez por la *International Law Association* que en su reunión de El Cairo en 1992 emitió una resolución recomendando la validez y la naturaleza ejecutoria de los laudos arbitrales basados en normas de carácter transnacional (principios generales del Derecho, principios comunes a varios Derechos, Derecho internacional, usos del comercio, etc.), desde el momento en que las partes las hubieran elegido expresamente o guardasen silencio en torno a la ley aplicable<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Cf. A. Bucher, *Le nouvel arbitrage...*, *op. cit.*, p. 98); B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ª ed., Basilea, 1997, p. 392.

<sup>80</sup> Vid. C. Esplugues Mota, “Art. 34”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Villar, coord), Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 1122–1127; A.M. López Rodríguez, “Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. El enfoque transnacional de la nueva Ley española de arbitraje”, *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 699–718.

<sup>81</sup> ILA, *Report of the Sixty-Fifth Conference*, El Cairo, Egipto, 1992; *Rev. arb.*, 1994, pp. 211 ss y nota de E. Gaillard, *ibid.*, pp. 212–214.

#### IV. Consideraciones finales

26. En el arbitraje el Derecho escogido o seleccionado por las partes para resolver el fondo de la controversia entraña un sistema de valores que se consideran como preferencias subjetivas con fundamento en su aplicación y a su aplicabilidad. Con bastante frecuencia en el ejercicio de su misión los árbitros acuden al Derecho estatal por que así lo han decidido las partes o porque entienden que la relación jurídica controvertida se subsume en su totalidad dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Si se da alguna de estas circunstancias el árbitro aplicará ese Derecho en su integridad. En el arbitraje comercial internacional la cuestión de la confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera carece totalmente de significado, como también carece de significado que el árbitro se vea compelido a aplicar una ley extranjera que las partes no hayan alegado expresamente o cuyo contenido no hayan acreditado. La diversidad normativa que se produce en determinados sectores del Derecho internacional privado es mucho menor cuando se trata de dar soluciones jurídicas prácticas aplicables a los problemas sometidos a los árbitros y la razón deriva de la primacía del Derecho espontáneo en la regulación de las transacciones privadas internacionales que suele dominar el contenido de la denominada "autonomía material" en los contratos. Ello reduce las posibilidades de que los árbitros tengan que ocuparse de las soluciones propias del método de atribución.

Las legislaciones nacionales recientes permiten al árbitro la localización de la ley sustantiva a la controversia sin necesidad de poner en marcha el mecanismo conflictual. Sencillamente se trata de autorizar la aplicación de las normas necesarias y los usos oportunos cuando y hasta donde sea posible, sin negar la compatibilidad de esta aplicación con el respeto a normas de Derecho necesario de los Estados con los que el laudo pueda llegar a entrar en contacto, muy particularmente el de la ejecución del mismo. Si los árbitros acuden a respuestas jurídicas adaptadas con fidelidad a los negocios internacionales, y en ocasiones mejor acomodadas a éstos que las normas estatales, cabe plantearse por qué un juez no puede seguir el ejemplo. Sobre todo cuando tales respuestas derivan de la voluntad de las partes en el contrato. Por añadidura, la referencia a la *lex contractus* como ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al Derecho en su totalidad y si éste incorpora como parte y fuente de él determinadas prácticas comerciales que cumplan una serie de condiciones, incluidas

la que se refieren a sus relaciones con las leyes, dichas prácticas habrán de integrarse como ley aplicable.

Con independencia de la aplicación de la *lex mercatoria* a título principal cuando se registra una “elección negativa” por las partes del Derecho aplicable, y de la cada vez más estrecha “cohabitación” con el orden jurídico estatal, la llamada a la *lex mercatoria* a título principal y exclusivo manifiesta evidentes dosis de imparcialidad y de neutralidad cuyas bondades se proyectan en una serie de supuestos: cuando las partes no se ponen de acuerdo en torno a la ley estatal aplicable al contrato; para la validez y a la eficacia de una cláusula compromisoria pese a existir individualizada una *lex contractus* estatal; en los contratos multi–partes vinculados a diversos Estados y, por tanto, a diferentes legislaciones y para evitar casos en que la “parte fuerte” trate de imponer la ley del Estado donde está establecida. Tan pronto como las partes prevén que el contrato se someta a la *lex mercatoria* el árbitro ha de ser fiel cumplidor de este mandato pues sus facultades están limitadas por el poder que las partes le han conferido. Debe, pues, acomodarse a dicha remisión y aplicar el bloque normativo seleccionado.

**RESUMEN:** En el arbitraje comercial internacional la confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera carece totalmente de significado. La diversidad normativa que se produce en determinados sectores del Derecho internacional privado es mucho menor cuando se trata de dar soluciones jurídicas prácticas aplicables a los problemas sometidos a los árbitros y la razón deriva de la primacía del Derecho espontáneo en la regulación de las transacciones privadas internacionales que suele dominar el contenido de la denominada “autonomía material” en los contratos. Ello reduce las posibilidades de que los árbitros tengan que ocuparse de las soluciones propias del método de atribución. Las legislaciones nacionales recientes permiten al árbitro la localización de la ley sustantiva a la controversia sin necesidad de poner en marcha el mecanismo conflictual. Con independencia de la aplicación de la *lex mercatoria* a título principal cuando se registra una “elección negativa” por las partes del Derecho aplicable, y de la cada vez más estrecha “cohabitación” con el orden jurídico estatal, la llamada a la *lex mercatoria* a título principal y exclusivo manifiesta evidentes dosis de imparcialidad y de neutralidad cuyas bondades se proyectan en una serie de supuestos: a) cuando las partes no se ponen de acuerdo en torno a la ley estatal aplicable al contrato; b) para la validez y a la eficacia de una cláusula compromisoria pese a existir individualizada una *lex contractus* estatal; c) en los contratos multi–partes vinculados a diversos Estados y, por tanto, a diferentes legislaciones y d) para evitar supuestos en que la “parte fuerte” trate de imponer la ley del Estado donde está establecida.

**PALABRAS CLAVE:** ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL – DERECHO APLICABLE – LEX MERCATORIA – NORMAS IMPERATIVAS.

*ABSTRACT: In International commercial arbitration the confrontation lex fori – foreign law has absolutely no sense. The relevance regulatory diversity in certain private international law sectors is minor when it comes to find juridical responses to the problems submitted for arbiters consideration. This is due to the primacy of the spontaneous rules in the regulation of private international transactions, where “material autonomy” in contracts dominates. Hence, the possibility of arbiters having to deal with the attributive method is reduced. Recent national regulations allow arbiters to find the applicable substantive law without resorting to the conflicts methodology. Beyond the application of the lex mercatoria when parties make a “negative choice” of the applicable law, and the progressively narrower “cohabitation” with the national laws, resorting to the so called lex mercatoria as the principal and exclusive law shows a high and evident degree of impartiality and neutrality, whose benefits can be perceived in a number of cases: a) when parties do not agree on the national law applicable to the contract; b) for the validity and efficacy of an arbitral agreement despite the existence of an individualized national lex contractus ; c) in multi-parties contracts linked to a number of States and, therefore, to different legislations; and d) to avoid cases in which the “strong part” tries to impose the law of the State where it is established.*

*KEY WORDS: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION – APPLICABLE LAW – LEX MERCATORIA – IMPERATIVE RULES.*