

# La autonomía de la voluntad, el derecho transnacional y el arbitraje internacional

JAN KLEINHEISTERKAMP<sup>1</sup>

«Una disposición contractual que especifica de antemano el foro en el que las controversias serán resueltas, al igual que la ley que debe aplicarse es... casi una condición indispensable para obtener el orden y previsibilidad que son esenciales para toda operación de comercio internacional».

SCHERK V. ALBERTO-CULVER Co.,  
417 U.S. 506, 516-517  
(U.S. Supreme Court 1974)

## I. Introducción

La autonomía de la voluntad es, según el extracto antes citado, una de las garantías más fuertes de seguridad jurídica en los contratos internacionales. ¿Quién mejor que las propias partes para definir los derechos y obligaciones que asumen la una con la otra en los contratos de comercio internacional? Sin embargo, ellas no pueden obtener la certeza sobre la definición de estos derechos y obligaciones sin tener un cierto grado de certeza sobre la ley que será aplicada para determinar los derechos y las obligaciones –y el foro que los aplicará. Tanto las cláusulas de elección de la ley como las cláusulas de jurisdicción, sobre todo

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Hamburgo, Alemania; Profesor de Derecho en la London School of Economics, profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina. Quiero agradecer a mis estudiantes Lucía Canga Roza, Yolanda Ferrer Donat y Rosa Carolina Vizcarra Vargas por su ayuda con la versión castellana de este artículo.

bajo la forma de cláusulas compromisorias, son actualmente consideradas como los estándares en los contratos de comercio internacional, precisamente porque permiten a las partes obtener el orden y previsibilidad tan esenciales, tal y como lo ha subrayado la famosa decisión citada anteriormente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este marco material y procesal de las cláusulas que han sido acordadas entre las partes es precisamente una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes.

Si la elección de recurrir al arbitraje como procedimiento transnacional de resolución de conflictos, y por consecuencia específicamente adaptado a las necesidades particulares de los operadores del comercio transnacional (y sus abogados), es hoy en día una realidad muy evidente, la emergencia de un derecho transnacional material no ha recibido aún el mismo reconocimiento ni la misma notoriedad. El elogio de –y, *a priori*, la fe en– la *lex mercatoria* forma parte de los discursos típicos de los contratos internacionales y del arbitraje internacional en el mundo francófono<sup>2</sup>. Pero también en Inglaterra, país en el que la idea de un renacimiento global de la *law merchant* de la época medieval fue recibida con un gran escepticismo<sup>3</sup>, se expresó durante la reforma de su derecho de arbitraje en 1996 con una visión no muy distinta de cuando Lord Wilberforce, famoso juez de la House of Lords conocido por sus decisiones reservadas y conservadoras, expresaba su apoyo al proyecto de ley de la época con estas palabras:

“Me gustaría profundizar, por un instante, un punto al que le doy personalmente cierta importancia. Me refiero a la relación entre el arbitraje y los tribunales estatales. Nunca he sido partidario de que el arbitraje fuera una especie de anexo, apéndice o pariente respecto a los procedimientos de los tribunales. Siempre he deseado que el arbitraje fuera, en la medida de lo posible y respetando, por supuesto, las restricciones legales, concebido como un sistema autónomo, libre de desarrollar sus propios procedimientos y libre de desarrollar su propio derecho material –sí, su derecho material”<sup>4</sup>.

Esta visión de un derecho material que proviene y es sancionado por el arbitraje internacional es fascinante tanto de un punto de vista teórico como práctico. La piedra angular de tal construcción es, sin duda, además de un cierto romanticismo, la autonomía de la voluntad de las partes, tal y como es concebi-

2 Véase *infra* nota 27.

3 M. Mustill, «The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-five Years», *Arbitration International* 4, 1988, pp. 86-119.

4 Hansard, col. 778, 18 janvier 1996 ; citado en *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA & Ors* [2005] UKHL 43, § 18.

da por el derecho internacional privado y más precisamente por el derecho del arbitraje internacional.

## II. La autonomía de la voluntad en el/los derecho/s del arbitraje internacional

El lugar de la autonomía de la voluntad en el derecho del arbitraje internacional –«los territorialistas» hablan más bien de derechos (nacionales) de arbitraje– no está claro. Podríamos insistir en el hecho que la autonomía de la voluntad pueda ser vista como un principio general del derecho, que no está vinculado a ningún derecho nacional; esto se ve fortalecido por la afirmación según la cual los árbitros no tienen una *lex fori* que les imponga una lógica de conflictos de leyes determinada. Así pues, según una perspectiva francesa en la que «la sentencia internacional, que no está vinculada a ningún ordenamiento jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional cuya regularidad es examinada en conformidad con las reglas aplicables en el país en el que se piden el reconocimiento y la ejecución»<sup>5</sup>, podemos afirmar que las normas de conflictos de leyes del ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje no influyen en absoluto en este ejercicio, en la medida en que, por lo menos, el derecho francés (como potencial *lex loci executionis*) reconoce la autonomía de la voluntad en arbitraje, sin restricciones en cuanto a su ámbito de aplicación espacial. Sin embargo, si aceptamos que la ley de la sede de arbitraje, la *lex loci arbitri*, incida sobre el arbitraje y llegue a «atarlo», será necesario encontrar la norma que autorice, mas allá de la simple libertad contractual material, esta autonomía de la voluntad de las partes en el sentido del derecho internacional privado. Pero sería un error buscar esta norma dentro de las reglas generales del derecho internacional privado, tal como el Código de Derecho Internacional Privado belga. Es en las disposiciones legales específicas sobre el arbitraje que normalmente se encuentra la *lex specialis* que rige la cuestión en arbitraje. El hecho que las partes hayan incluido una cláusula de arbitraje en su contrato internacional cambia radicalmente el marco jurídico del análisis de los conflictos de leyes. Por ello, conviene hacer la diferencia entre el ejercicio directo de la autonomía de la voluntad por las partes (A) y el ejercicio delegado de elección de ley por los árbitros (B).

<sup>5</sup> Cass. 1re civ., 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2007/2, Gazette du Palais, 17 juillet 2007, p. 44.

## **A) El ejercicio directo de la autonomía de la voluntad por las partes**

Uno se puede interrogar acerca de la afirmación general que la autonomía de la voluntad constituye un principio general del derecho, que lo haría también el principio rector en materia de arbitraje internacional. Es verdad que la mayoría de las legislaciones de derecho internacional así lo afirman. Sin embargo, igual es cierto que un legislador podría optar por un sistema de conflicto de leyes que no permita a las partes elegir la ley que regirá sus respectivos derechos y obligaciones.

### ***1. La libertad de elegir la ley aplicable***

Dos ejemplos que gozan de cierta notoriedad son Uruguay y Brasil. Éste último ilustra la necesidad de tener que referirse a una legislación específica sobre el arbitraje: mientras que la autonomía de la voluntad ha sido rechazada en la ley de introducción del Código Civil y que las partes delante de un juez brasileño no pueden escapar a la aplicación de los criterios de vinculación establecidos por el legislador, las partes pueden efectivamente elegir la ley que se aplica a su contrato siempre y cuando elijan que su disputa sea resuelta por un tribunal arbitral cuya sede sea Brasil, ya que la ley brasileña de arbitraje de 1996 permite explícitamente esta posibilidad<sup>6</sup>.

Aunque la hipótesis con la que partimos fuera completamente diferente, la lógica de hoy en día también se aplica en Bélgica: la libertad de las partes de elegir la ley que se aplica a su contrato, si éste está sometido al arbitraje, no está determinado por el artículo 98° del Código de Derecho Internacional Privado que hace referencia al Reglamento Roma I y su artículo 3° (que, contrariamente al derecho brasileño, afirma la autonomía de la voluntad), ya que estas disposiciones no están destinadas a los árbitros; esta libertad resulta directamente del artículo 1710 § 1 del Código Judicial, que después de la reforma del derecho de arbitraje en 2013, establece lo siguiente: «El tribunal arbitral resuelve el litigio en conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplica-

---

<sup>6</sup> Véase artículo 9°, Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Ley no 4.657 del 4 septiembre 1942; Artículo 2°, §1, Lei de Arbitragem, Ley 9.307 del 23 septiembre 1996. Por supuesto, la autonomía de la voluntad de una parte brasileña y de su cocontratante no puede cuestionarse de manera adicional cuando la sede del arbitraje se sitúa fuera de Brasil, en un país que también afirma la autonomía de la voluntad, ya que el laudo arbitral con base extranjera será reconocido y ejecutado en Brasil a través de la Convención de Nueva York de 1958, que no permite la introducción de ningún tipo de control sobre la elección de la ley hecha por las partes y aplicada por los árbitros en el extranjero.

bles al fondo del litigio»<sup>7</sup>. Obviamente, esta disposición se aplica únicamente en el caso de que la sede del arbitraje esté en Bélgica, tal y como lo precisan los párrafos 7 y 8 del artículo 1676° del Código Judicial. La misma regla se impone en casi todos los países que cuentan con legislación sobre el arbitraje y que también son sensibles a la necesidad de obtener la seguridad jurídica en comercio internacional de la que hablamos en la introducción.

En este contexto, es interesante observar que si el principio de la autonomía de la voluntad, a menudo, está firmemente anclado en la legislación nacional, no es el caso de la cuestión de saber si una falta en cuanto la elección por las partes de la ley aplicable por el árbitro constituye un motivo de anulación o rechazo de ejecución del laudo<sup>8</sup>. Por ejemplo, el Tribunal Federal suizo parece negar que «un motivo [que los árbitros habrían ignorado la elección explícita de la ley aplicable por las partes] puede ser tratado como un motivo que concierna la falta de competencia en el sentido del artículo 190° párrafo 2 lit. b Ley de Derecho Internacional Privado, ya que un tal motivo afecta más bien las cuestiones ligadas a la aplicación del derecho [material], que solo pueden ser atacadas respetando el artículo 190° párrafo 2 lit. e Ley de Derecho Internacional Privado», lo que restringe a los jueces a verificar una (muy improbable) violación del orden público suizo<sup>9</sup>. La situación es diferente en Alemania y en Francia. En Alemania, la jurisprudencia trata la cuestión del acuerdo de las partes sobre el derecho material aplicable como un asunto de procedimiento del arbitraje y se declara así dispuesto, apoyándose en el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, a rechazar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros si los árbitros han ignorado la elección de la ley aplicable por las partes (contrariamente a los simples errores en la aplicación de las normas de conflicto de leyes)<sup>10</sup>. De la misma manera, en el derecho francés, el desprecio de los árbitros por la elección de la ley aplicable se analiza como una violación del mandato del árbitro y permite la anulación o el rechazo del exequátur de un laudo arbitral<sup>11 12</sup>.

7 El antiguo artículo 1700° del Código Judicial belga decía solamente: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros toman su decisión en conformidad con las normas de derecho».

8 Sobre este tema véase J. Kleinheisterkamp, «The Review of Arbitrators' Interpretation of International Contracts – Transnational Law as a Dangerous Short-Cut», *ASA Bulletin*, 29-2, 2011, 474, pp. 477-478.

9 TF 4A\_240/2009 du 16 diciembre 2009, cons. 2.2, citando TF 4P.146 /2004 du 28 septiembre 2004, cons. 5.2.2.

10 BGH 26 September 2005, NJW 1986, 14367 (1437); Stefan Kröll in: Böckstiegel/Kröll/ Nascimento, *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice* (2007) § 1061 ZPO ¶ 100.

11 E. Gaillard & J. Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, 1999, 946 ¶ 1637 (en se référant à ce qui est depuis 2011 l'article 1520 § 3 du CPC français).

12 En Bélgica, una irregularidad de este tipo podría ser anulada sobre la base del artículo 1717 §3, a), v) nuevo del Código judicial que sanciona los casos en los que el procedimiento arbitral “no ha sido conforme

Así pues, se puede observar que el simple hecho de elegir el arbitraje para resolver los conflictos en la materia comercial en lugar de recurrir a los tribunales estatales conlleva un impacto considerable, no solo en lo que respecta al procedimiento de resolución de litigios, sino también en cuanto al fundamento jurídico de la autonomía de la voluntad en el sentido del derecho internacional privado y, de esta manera, los aspectos materiales del litigio. Pero la elección del arbitraje es susceptible de orientar la autonomía de la voluntad hacia una dimensión más amplia, incluso más exótica, o más bien utópica, en sentido literal de la palabra griega *οὐ τόπος*, es decir, «sin lugar», como se mostrará en la sección siguiente.

## 2. La libertad de elegir reglas de derecho no estatales

El texto actual del artículo 1710 §1 del Código Judicial belga invita en este sentido a la reflexión creativa: en contraste con el artículo 3° del Reglamento Roma I, la disposición belga habla, tal como lo prescriben el derecho francés<sup>13</sup> y las normas de la CCI<sup>14</sup> así como las normas de la mayoría de las otras grandes instituciones de arbitraje<sup>15</sup>, de «normas de derecho» y no de «ley». Es evidente que la referencia a «la ley elegida por las partes» en el artículo 3° del Reglamento Roma I limita los tribunales de los estados miembros de la Unión Europea a aplicar únicamente las leyes previstas en un estado, excluyendo cualquier otra forma de instrumento de un menor grado de normatividad formal<sup>16</sup>.

Resulta interesante observar que, a la hora de convertir el Convenio de Roma de 1980 en un instrumento comunitario, lo que ahora es el Reglamento Roma I, la Comisión europea había propuesto incluir una nueva disposición que hubiera permitido a las partes elegir como derecho aplicable, y de este modo obligar a los jueces europeos a aplicar como *lex contractus*, «los principios y normas de derecho material de los contratos reconocidos internacionalmente o en la

---

al acuerdo de las partes”. Esto supone que asimilemos la violación de la convención de las partes en cuanto a la elección del derecho aplicable a una cuestión que proviene de los procedimientos del arbitraje en el sentido amplio, lo que podría conllevar a cierta discusión, sabiendo que, por definición, el derecho que se aplica al fondo del litigio no puede confundirse con las reglas de procedimiento. Este tipo de irregularidad no puede conducir a una anulación si queda establecido que la irregularidad no ha afectado el laudo arbitral.

13 Artículo 1511° CPC francés.

14 Artículo 21° del Reglamento CCI.

15 De manera bastante sorprendente el reglamento del Centro belga para el Arbitraje y la Mediación (CE-PANI) no contiene ninguna disposición sobre el derecho aplicable. Su artículo 21° párrafo 5 dispone solamente que el tribunal arbitral decidirá como amigable componedor solo si las partes lo han autorizado expresamente.

16 Por ejemplo, en Inglaterra *Beximco Pharmaceuticals & Ors v. Shamil Bank of Bahrein*, 2004, EWCA Civ 19 párrafo 48; para un análisis comparativo global ver R. MICHAELS, «Preamble I: Purposes of the PICC», in S. VOGENAUER y J. KLEINHEISTERKAMP (dir.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press 2009, párrafos 49-56.

Comunidad»<sup>17</sup>. Esta proposición fue desestimada por los estados miembros en el Consejo, porque temieron que demasiado liberalismo hubiera permitido eludir sus normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad de las partes en aras del interés público. Esta posición puede sorprender en vista del hecho de que la mayoría de las leyes relativas al arbitraje, incluidas probablemente todas aquellas de los países miembros de la Unión Europea, permiten expresamente a las partes elegir no solo el arbitraje en lugar de los tribunales estatales, sino también, en este caso, «normas de derecho» aplicables.

La amplitud de este matiz no es solo semántico, tal y como lo hace más evidente la disposición inglesa sobre el tema, la sección 46(1) del Arbitration Act 1996:<sup>18</sup>

“The arbitral tribunal shall decide the dispute –

- a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or
- b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the arbitral tribunal”.

Otras consideraciones distintas a la ley: esta terminología es una puerta que el derecho del arbitraje abre hacia un universo paralelo, y como ya se ha mencionado, utópico en el sentido transnacional, por existir más allá del estado. Es preciso recordar, que se trata de algo más poderoso que simples consideraciones contractuales «y cualesquiera usos comerciales pertinentes», tal y como se indica en el artículo 21 (2) del Reglamento de la CCI, porque éstos últimos quedan encuadrados por el derecho aplicable. Se trata de normas no estatales que el derecho del arbitraje, permitiendo a las partes elegir las como derecho aplicable con carácter autónomo, eleva al mismo rango que cualquier derecho estatal.

Otra disposición permite todavía distinguir la naturaleza jurídica de estas «otras consideraciones», de estas normas de derecho que no coinciden con el derecho estatal. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, las partes pueden autorizar al árbitro a decidir como amigable componedor o *ex aequo et bono*<sup>19</sup>. Con una cierta aproximación se puede, por motivos de sencillez, resumir afirmando que estas normas implican un grado mínimo de normatividad en la

17 Artículo 3 (2) de la proposición COM (2005) 650 final del 15 de diciembre de 2005.

18 Para más información sobre esta disposición y el derecho inglés del arbitraje en general, véase J. Kleinheisterkamp, «Reino Unido», en J.L. Collantes González y Anne-Carole Cremades, Arbitraje Comercial Internacional en Europa, Lima 2013, p.p. 1015, 1033-34.

19 Veau, e.g., en Bélgica artículo 1710° párrafo 3 CJ; en Francia artículo 1512° CPC; en Alemania párrafo 1051(3) copiando el artículo 28 (3) de la ley tipo de la CNUDMI.

resolución de conflictos sometidos al arbitraje. Es por tanto en la zona «gris» (entre el oscuro de la decisión *ex aequo et bono*, dejando la solución del litigio al libre albedrío del tribunal arbitral, cuando las normas de derecho se traducen en una solución contraria a la equidad, y el blanco de la aplicación del derecho positivo de un estado) que encontramos la elección de las normas de derecho transnacionales, distintas a, o más allá de, la ley estatal.

Los ejemplos prácticos no son numerosos, ni en lo relativo al arbitraje *ex aequo et bono*, ni en lo relativo al arbitraje sobre la base de las normas de derecho no estatales. Aunque el gran especialista en derecho comparado y en arbitraje René David ya afirmaba en 1959 que 9 de cada 10 arbitrajes en Francia se decidían mediante amigable componedor<sup>20</sup>, e incluso si todavía hoy, en algunos contextos nacionales, como en Chile, la confianza en el arbitraje, o mejor dicho en los arbitrajes, lleva a las partes a encomendar a estos árbitros la misión de pronunciarse *ex aequo et bono*<sup>21</sup>, las estadísticas de la CCI muestran que solamente una pequeña parte de los laudos arbitrales (publicados) están basados en un fundamento jurídico material distinto del derecho estatal<sup>22</sup>. Sin embargo, estas estadísticas no pueden ocultar el interés de las partes, en determinadas situaciones, en optar por el arbitraje *ex aequo et bono* o por normas de derecho no estatales y, por consiguiente, en virtud de la expresión inglesa, «in the shadow of the law».

Un ejemplo proviene de la resolución de litigios entre comerciantes que pertenecen a grupos religiosos, tales como los judíos ortodoxos de Nueva York, Tel Aviv y Amberes que participan, por ejemplo, en el comercio de diamantes, y que prefieren someter la resolución de todo posible litigio a un tribunal rabínico en virtud del Talmud<sup>23</sup>; asimismo comerciantes internacionales musulmanes, en particular en el contexto de contratos de financiación islámica, querrán que la Shari'á sea aplicada<sup>24</sup>.

20 R. David, «Arbitrage et droit comparé», *Revue internationale de droit comparé* 11 (1959), p. 5, 15; vean también «Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains», 1963, 8 *Archives de Philosophie du Droit* 3, p. 8.

21 J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America – Law and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Oceana / Oxford University Press, 2005, pp.311-319.

22 Veán también P. Bernardini, «International Arbitration and A-National Rules of Law», *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 15-2, 2004, p. 58.

23 Veán, e.g., *Mayer Zeiler, Floctex Industries Ltd et al. v. Deitsch et al.* 500 F.3d 157, 2nd Cir., 2007; pour une analyse du marché de diamants L. Bernstein, «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», *Journal of Legal Studies*, 21, 1992, pp.115-157; más recientemente F.-X. Licari, «L'arbitrage Rabbinique, entre Droit Talmudique et Droit des Nations», *Revue de l'arbitrage*, 2013, pp.57-120. Veán también M.A. Gomez, «Precious resolution: The use of intra-community arbitration by Jair diamond merchants», *b-Arbitra*, 2013/2, pp. 345-366.

24 Veán, e.g., *Musawi v. RE International (UK) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch). Para un ejemplo de una cláusula insuficiente y sin cláusula de arbitraje veán *Beximco*, supra note 14: «Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England».



Otra hipótesis de la oportunidad de la aplicación de normas de derecho no estatales se derivará, no de la homogeneidad del contexto jurídico-cultural de las partes sino de la situación opuesta, es decir, de la incapacidad de las partes para ponerse de acuerdo sobre uno u otro derecho nacional. Tal ha sido el caso en el célebre asunto del túnel del Canal de la Mancha en el que los consorcios franco-británicos de los operadores y de los constructores, en la incapacidad para llegar a un acuerdo en la elección entre el derecho francés o el derecho inglés, optaron, además de por una cláusula compromisoria que preveía Bruselas como la sede del arbitraje<sup>25</sup>, por una cláusula extraordinariamente creativa al decidir que su contrato sería regido por «los principios comunes del derecho inglés y del derecho francés, y en ausencia de tales principios comunes, por los principios generales del derecho del comercio internacional según se aplican por los tribunales nacionales e internacionales»<sup>26</sup>. Una cláusula de este tipo, que contempla la teoría del «tronco común» que ya fascinó a teóricos<sup>27</sup>, es seguramente el sueño de todo profesor de derecho comparado, y (en vista de las *billable hours*) tal vez de los abogados que defienden las causas. No obstante, es difícil concebir cómo dicha solución puede contribuir al objetivo principal de las cláusulas de elección del derecho aplicable, que es dar a las partes un grado suficiente de seguridad y de previsibilidad con respecto a sus derechos y obligaciones, no solamente en el momento del litigio sino, más importante aún, en la fase inicial, en el momento de evaluar estas obligaciones, precisamente para evitar su exposición a daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.

Es la razón por la cual las partes optaron por una elección subsidiaria, en la cláusula del *Channel Tunnel case*, por referencia a los «principios generales del derecho del comercio internacional», para colmar posibles lagunas. Las partes ya anticiparon que las diferencias importantes entre el derecho de los contratos inglés y francés podrían implicar un estancamiento para los árbitros y por tanto siguieron una lógica transnacional que evita recaer en las normas de conflictos de leyes y, consecuentemente, en la aplicación de un derecho nacional, inglés o francés, en caso de duda. Esta lógica ya se contempla, como una especie de red de seguridad, en el artículo 7.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías. Las raíces teóricas y la lógica

25 Y esto a pesar del hecho que, tal y como lo criticó Lord Mustill en la decisión de la House of Lords de 1993, «le droit belge de l'arbitrage contemporain [à l'époque] se distingue du droit des autres pays européens», refiriéndose a las medidas provisionales; *Channel Tunnel Group Ltd. & Ors v. Balfour Beatty Construction Ltd. & Ors*, 1993, A.C. 334, 368 C (HL).

26 *Ibid.*, p. 347 E.

27 M. Rubino-Sammartano, «Le “tronc commun” des lois nationales en présence – Réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international», *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 133.

subyacente de tal elección de la aplicación de «principios generales del derecho del comercio internacional», son, evidentemente, la célebre noción de la *lex mercatoria*, que, sobre todo en Francia, fascinó y fue desarrollada por académicos y profesionales del arbitraje internacional, particularmente por la escuela de Dijon de Berthold Goldman, Philippe Fouchard y también Emmanuel Gaillard<sup>28</sup>. Es más, podría afirmarse que, en buena medida, la concepción moderna del derecho del arbitraje, o al menos «los aspectos filosóficos del arbitraje internacional», están basados hoy en día en Francia, o al menos influidos por, la tesis de que existe un ordenamiento jurídico autónomo del arbitraje internacional, tanto de carácter procesal como material, según se recoge en la obra de Emmanuel Gaillard que recoge sus clases impartidas en la Academia de Derecho internacional de la Haya en 2007.

Una crítica de fondo de la noción de *lex mercatoria* como construcción teórica y sociológica sobrepasará el marco del presente artículo<sup>29</sup>. No obstante, basta con recalcar el simple problema práctico que constituye la determinación con antelación y sin conocer las preferencias personales de los futuros árbitros, de los derechos y obligaciones exactas resultantes del contrato, sobre una base jurídica como la *lex mercatoria* o los principios generales del derecho. El fondo del problema se encuentra en la falta de precisión y, sobre todo, la falta de detalle, e incluso la incertidumbre en cuanto al contenido de dichas «normas de derecho» propiamente transnacionales. Y es esta incertidumbre en cuanto al contenido exacto de las normas transnacionales que puede inducir a las partes a abogar, y los árbitros a afirmar, soluciones llamadas transnacionales para evadir las dificultades y el rigor de la lógica del derecho internacional privado y del derecho nacional aplicables<sup>30</sup> –aunque reconociendo que las normas de derecho internacional privado también no siempre producen la certeza y previsibilidad deseables.

Lo que surge, por lo tanto, es una nueva *lex mercatoria*. Los Principios UNIDROIT relativos los contratos comerciales internacionales han sido concebidos como «Restatement», o consolidación, del derecho internacional de los contratos comerciales, como se puede deducir de estudios comparativos de las legislaciones nacionales y que por lo tanto pueden pretender reflejar las normas

---

28 El artículo fundamental es el de Berthold Goldman, “Frontières du droit et ‘*lex mercatoria*’”; para un reciente análisis divertido de la literatura sobre el aspecto romántico del derecho transnacional vean R. MICHAELS, “Dreaming law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature” *London Review of International Law* 1, 2013, pp. 35-62.

29 Para una crítica vean R. MICHAELS, “The True *lex mercatoria*: Private Law Beyond the State”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14, 2007, p. 447.

30 Veán., e.g., J. KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 6.

constitutivas de los «principios generales de derecho» (en consonancia con el artículo 38 (I) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Además, y debido a las importantes diferencias entre las legislaciones nacionales, los Principios UNIDROIT son aun más ambiciosos proponiendo un «Pre-Statement», o anticipación, de soluciones (abstractamente) más eficaces y mejor adaptadas a las necesidades del comercio internacional, las cuales, si son aceptadas por la práctica en el porvenir, serán destinadas a convertirse en los nuevos principios generales de derecho en un futuro próximo. Todo se funda en una codificación virtual que se asemeja perfectamente a un verdadero código, aplicable como tal al derecho comercial internacional. El preámbulo de los Principios UNIDROIT proclama la ambición y la reivindicación de representar la nueva *lex mercatoria* –incluso si son desprovistos de cualquier valor normativo: «Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por “Principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes». Sin embargo, los Principios UNIDROIT lograrán imponerse solamente si los practicantes, los comerciantes, sus abogados así como los árbitros están convencidos de la eficacia y de la superioridad de las soluciones transnacionales que ellos proponen. Pero aun así, el análisis demuestra que ellos tienen todas las cualidades para convertirse, a la larga, en un nuevo estándar para el derecho de los contratos internacionales<sup>31</sup>.

## **B) El ejercicio de la elección de la ley aplicable delegada a los árbitros**

Si bien el derecho del arbitraje abre a la autonomía de la voluntad la puerta al mundo transnacional, la pregunta que queda pendiente es en qué medida los árbitros, en ausencia de una elección por las partes, podrán recurrir a las normas de derecho para resolver las controversias sometidas a su competencia. El punto de partida de este análisis debe, una vez más, ser examinado en las disposiciones específicas de las leyes nacionales de arbitraje.

El único consenso al respecto es el límite del ejercicio delegado de la elección de la ley aplicable a la falta de elección expresa o tácita de las partes, tal

31 Para un análisis de este tipo vean, por ejemplo, J. Kleinheisterkamp, «Les sanctions pour inexécution du contrat dans les Principes UNIDROIT» y G. Keutgen (coord.), *Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* (ed. 2010) e *l'arbitrage - Actas del simposio CEPANI del 24 de mayo 2011*, Bruylant, 2011, p. 126-143; para un análisis más sistemático ver también S. Vogenauer y J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

como lo expresa, por ejemplo, el artículo 1710 § 3 del Código Judicial belga, al igual de la mayor parte de las legislaciones: «El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor sólo si las partes lo han autorizado expresamente». Esta máxima libertad del árbitro puede surgir solo del acuerdo expreso de las partes. Ningún árbitro podrá asumir la competencia de un amigable componedor, sin tal autorización. En su ausencia, este ejercicio constituiría un abuso de poder, que por lo general permitiría a los jueces de la sede del arbitraje la anulación de la sentencia resultante, así como a los jueces del lugar de ejecución el rechazo de la misma.

Más allá de este límite de la delegación de la autonomía de la voluntad, existen dos enfoques diferentes, así como variaciones que los distinguen. La posición más tradicional se expresa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 1985 (con enmiendas adoptadas en el 2006): «Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime que deba aplicarse según las normas de conflicto de leyes». La ley inglesa de 1996 ha copiado esta regla en su sección 46 (3). De acuerdo con esta visión del derecho internacional privado, los árbitros disponen de una amplia discrecionalidad en cuanto a la elección de las normas de conflicto de leyes. Pero, como hemos visto, las normas de conflicto de leyes estatales, y en efecto, se trata de esta categoría de reglas exclusivamente, pueden imponer al árbitro, igual que al juez, solo aplicar una ley estatal. Entonces, los árbitros situados en Bélgica, para resolver una disputa entre una empresa polonesa y una entidad francesa, optarán probablemente por la aplicación del Reglamento Roma I y por los factores de conexión del artículo 4º, que conducen a la aplicación de la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Esta solución amplía implícitamente el límite lógico del amigable componedor del artículo 28 (3) de la Ley Modelo de la CNUDMI según la cual los árbitros podrían optar por la aplicación de «reglas de derecho» no estatales solo si las partes lo han acordado. Este enfoque se ha denominado la «vía indirecta» porque los árbitros deben pasar por el sistema de conflicto de leyes para llegar a la ley aplicable, descartando las normas de derecho no estatales. El mismo resultado se obtiene aplicando la ley alemana, salvo que esta exime a los árbitros de la complicación de tener que elegir entre los diferentes sistemas de conflicto de leyes, que a través de una regla específica se desvía un poco de la solución de la ley modelo. Sin embargo, esta regla alemana conduce inevitablemente a la aplicación de una ley estatal: «En ausencia de tal designación por las partes, el tribunal arbitral aplicará *la ley del país con el que el objeto de la controversia esté más estrechamente vinculado*».

El enfoque concurrente es la «vía directa». Ella nos llega de Francia, y refleja la teoría de la escuela de Dijon según la cual el árbitro sería el «juez natural del comercio internacional», el arbitraje y sus sentencias evidencian una «justicia internacional». El artículo 1511° del CPC (Código de Procedimientos Civiles) francés prevé lacónicamente: «El tribunal arbitral decidirá la controversia en conformidad con las reglas de derecho elegidas por las partes o, *en su ausencia, de acuerdo a lo que él considere más apropiado*». Esto elimina, de hecho, el impacto de la lógica nacional del conflicto de leyes y deja libre al árbitro en su elección de la ley aplicable, sin restringirlo a un sistema de conflicto de leyes y, sobre todo, a una ley estatal. Esta ruta directa, hoy en día, se encuentra también en el Código Judicial belga en su artículo 1710 § 2. Por consiguiente, los árbitros son libres de decidir, sin necesidad que las partes se pongan de acuerdo al respecto, si lo consideran apropiado, que la disputa no se resuelva según la ley material de uno u otro país, sino por el contrario, que sea resuelto según la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho o, probablemente, más tranquilizador para las partes, según los Principios UNIDROIT. Queda claro que los árbitros deben ser prudentes antes de afirmar que el silencio de las partes puede ser interpretado como una preferencia implícita a la aplicación de normas de derecho no estatales<sup>32</sup>. Sin embargo, pueden haber situaciones, especialmente cuando las negociaciones muestran que el silencio del contrato se debe al fracaso de las partes a ponerse de acuerdo sobre una u otra ley nacional, en las que solo el recurso de una solución transnacional puede hacer justicia al contexto en el que las partes concluyeron su contrato. En todo caso, es obvio que con una tal libertad de apreciación, nada podría impedir a los árbitros –excepto tal vez el temor de dañar su reputación– de optar por la aplicación de normas de derecho no estatal.

Esta solución de la «vía directa» se encuentra también en la mayoría de los reglamentos de las instituciones de arbitraje. Así pues, el hecho de incluir una cláusula CCI (Cámara de Comercio Internacional) en un contrato no cambia el resultado, que la sede designada para el arbitraje sea París o Bruselas, ya que la ley de la sede confirmará las reglas de arbitraje designadas por las partes, estando incorporadas al contrato por su referencia, previsto en este punto<sup>33</sup>. Pero si la sede del arbitraje se encuentra en un país cuya legislación sobre el arbitraje sigue la lógica de la «vía indirecta», esta disposición en el reglamento arbitral

32 M. SCHERER, «Preamble II : Arbitration», en S. VOGENAUER y J. KLEINHEISTERKAMP, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) (OUP 2009), §§ 33-34.

33 El artículo 21 (1), segunda frase, del Reglamento de la CCI “A falta de elección por las partes de la ley aplicable, el árbitro aplicará la ley que estime conveniente”.

elegido constituye una delegación de la autonomía de la voluntad de las partes a los árbitros, como lo muestra una redacción más complicada de la sección 46 (1) (b) del Arbitration Act inglés (*vide supra*). El preámbulo de los Principios UNIDROIT es impreciso al respecto, en cuanto dice que: «Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato». En realidad, los Principios UNIDROIT, incluido el preámbulo, pueden aplicarse solo si han sido elegidos por las partes directa o indirectamente. Se aplicarán directamente si las partes han elegido la *lex mercatoria*, o principios generales del derecho o alguna otra formulación que permita el recurso a una codificación moderna del derecho transnacional de comercio internacional. Pero también se aplicarán indirectamente a través de la delegación de los árbitros elegidos por las partes, por medio de un reglamento de arbitraje o de una disposición de la ley de arbitraje de la sede. El párrafo del preámbulo de los Principios UNIDROIT antes citado, es entonces, una mera invitación a árbitros a considerar que estos principios no solo son la mejor reformulación contemporánea de la *lex mercatoria*, sino que también son la base jurídica más adecuada para resolver una controversia internacional cuando las partes no fueron incapaces de ponerse de acuerdo sobre la ley aplicable.

### III. Conclusión

Este análisis del lugar de la autonomía de la voluntad de el(los) derecho(s) de arbitraje demuestra que, al elegir el arbitraje como medio de resolución procedural de una disputa de manera externa a la justicia estatal, las partes se abren también el acceso a una nueva dimensión del ejercicio de su autonomía de voluntad. Ello incluye una amplia gama de posibilidades de elección de reglas materiales para regir su contrato y para definir sus derechos y obligaciones con mayor precisión, de acuerdo con sus necesidades específicas para garantizar la seguridad y la previsibilidad de sus compromisos comerciales. Al mismo tiempo, es cierto que esta libertad extendida a la designación de la ley aplicable, en particular a la posibilidad de elegir las reglas de derecho no estatales, es arriesgada sobre todo en lo que concierne a la preocupación por la seguridad y la previsibilidad. La elección de los principios generales del derecho mercantil internacional, incluida obviamente la *lex mercatoria*, de hecho, se diferencia poco de la autorización de decidir en equidad, *ex aequo et bono*, o como amigables componedores. Estos ofrecen a las partes muy poca seguridad jurídica ni previsibilidad. Sin embargo, la elección de los Principios UNIDROIT es muy diferente: aunque si todavía

no son lo suficientemente completos como para poder reivindicar su condición de sistema jurídico transnacional completo, ofrecen a las partes la posibilidad de anticipar en qué medida sus derechos y sus obligaciones serán determinados en caso de litigio –y por lo tanto entender con un grado razonable de certeza a qué se han comprometido y sobre qué bases pueden contar en el momento de tomar decisiones como agentes económicos. Y eso representa *in fine*, el orden y la previsibilidad que la autonomía de la voluntad puede dar a las partes si es bien ejercida tanto en su dimensión procedural como en su dimensión material.