

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación
Instituto Universitario de Estudios Europeos Universidad
CEU San Pablo Madrid**

**Arbitraje Revista
de arbitraje
comercial y de
inversiones**

volumen V

2012 (1)

Iprolex, S.L.

ISSN: 1888-5373 Depósito legal: M-
6394-2008 Impreso en España –
Printed in Spain

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

Dirección

Evelio Verdera y Tuells José Carlos Fernández Rozas

Catedrático emérito de Derecho mercantil de la Universi-Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación *Institut de Droit International*

Consejo Editorial

Presidente

José María Beneyto

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad CEU –San Pablo (Madrid). Socio de Gómez Acebo & Pombo, Abogados

Ignacio Arroyo Martínez

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona. Presidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Ramos & Arroyo

Alberto Bercovitz Rodríguez–Cano

Catedrático de Derecho mercantil de la UNED. Alberto Bercovitz Abogados

Giorgio Bernini

Profesor Ordinario de Derecho mercantil y arbitraje internacional de la Universidad de Bolonia. Senior Partner, Studio Bernini e Associati

Faustino Cerdón Moreno

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alcalá de Henares. Consejo Académico de Gómez– Acebo & Pombo

Bernardo Cremades Sanz–Pastor

Socio Fundador de Cremades y Asociados

Andrés de la Oliva Santos

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Díez–Picazo Giménez

Catedrático de Derecho procesal. Director del Departamento de Arbitraje y Litigios de Herbert Smith (Madrid)

Juan Fernández Armesto

Profesor Ordinario de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas –ICADE. Armesto & Asociados

Antonio Hernández–Gil

Álvarez– Cienfuegos

Catedrático de Derecho civil de la UNED. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Consejero de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira Olivencia–Ballester

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado

Riccardo Luzzatto

Profesor Ordinario de Derecho internacional y de la UE en la Universidad de Milán. Studio Legale Adv. Riccardo Luzzatto (Milán)

Pierre Lalive

Profesor Emérito de la Universidad de Ginebra. Senior Partner of Lalive Attorneys–at–Law

Ramón López Vilas

Catedrático de Derecho Civil. Ex Magistrado del Tribunal Supremo. Bufete López Vilas Abogados

Fernando Mantilla Serrano

Partner in Shearman & Sterling's International Arbitration Group (París)

Pedro J. Martínez Fraga

Partner in DLA Piper's international arbitration and litigation practice (Miami). Coordinator of International Disputes for Latin America and

Alexis Mourre

Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Partner of Castaldi Mourre & Partners (París)

Manuel Olivencia Ruíz

Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Representante de España en la Uncitral

Leonel Pereznieta Castro

Catedrático de Derecho internacional privado de la UNAM (México). Consultor del área de arbitraje comercial internacional de Jáuregui y Navarrete, S.C. (México)

Francisco Ramos Méndez Edoardo Ricci

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Catedrático de Derecho procesal civil de la Università degli Barcelona. Ramos & Arroyo Studi de Milán Edoardo Ricci, avvocati (Milán)

Jesús Remón Peñalver Juan Sánchez-Calero Guilarte

Abogado del Estado, Director del Área de Derecho Público, Universidad co, Procesal y Arbitraje del Despacho Uria & Menéndez Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Estudio Jurídico Sánchez Calero

Andrés Rigo Sureda

Miguel Temboury Redondo

Ex Vicepresidente Jurídico Adjunto del Banco Mundial, Abogado y Árbitro internacional de Madrid

Juan Serrada Hierro

Miguel Virgós Soriano

Abogado del Estado. Presidente de la Corte Civil y Mercantil (CIMA)

Catedrático de Derecho internacional privado Universidad Autónoma de Madrid. Uria & Menéndez

Secretarios

Elena Artuch Iriberry Gonzalo Stampa Casas

Profesora titular de Derecho internacional privado de la L.L.M. University of London. Doctor en Derecho Universi-Universidad Complutense de Madrid Universidad Complutense Madrid. Stampa Abogados, Madrid

Redactores

Enrique Fernández Masiá, Ana Fernández Pérez, Iván Heredia Cervantes, Fernando Gascón Inchausti, Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, María Marcos González Lecuona, Carmen Otero García-Castillón, Antonio Pastor Palomares, Marta Requejo Isidro y Eliseo Sierra Noguero.

iprolex@iprolex.com

Publicación: Iprolex, S.L. Mártires Oblatos, 19 bis 28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid) Teléfono (34) 91 709 00 65 / Fax (34) 91 709 00 66 <http://www.iprolex.com> / iprolex@iprolex.com

Distribución: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. San Sotero, 6 28037. Madrid (España) www.marcialpons.es

Sumario

Estudios

- Bernardo M. CREMADES
La buena fe en el arbitraje internacional 13-36
- José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional
..... 37-94
- Gonzalo STAMPA CASAS
La reforma de la Ley de arbitraje 91-119
- José Luis GONZÁLEZ MONTES
La prejudicialidad penal en el arbitraje 121-148

Varia

- Ana FERNÁNDEZ PÉREZ
Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje 149-168
- Rafael BERNAL GUTIÉRREZ, Esteban PUYO POSADA, Felipe GONZÁLEZ
ARRIETA, Andrea QUIROGA, RODRÍGUEZ, Andrés Fernando TORRES
MARTÍNEZ, Isabel Victoria GAITÁN RODRÍGUEZ, Laura ESPINOSA,
BARRERO, Leidy Adriana PERALTA FAJARDO, María Angélica MUNAR
GORDILLO, María Del Pilar RESTREPO VIÑA, Martha Eliana MARTÍNEZ,
ESPINOZA, Salua María HASBUN ABUDINEN y Verónica ROMERO CHACÍN
Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia 169-203

Práctica arbitral

- Ramón MULLERAT
Un Reglamento para el siglo XXI. La puesta al día del Reglamento de Arbitraje de la CCI
..... 205-222

Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1º de enero de 2012

Textos legales

Unión Europea

Esther LÓPEZ BARRERO

Los Protocolos de Solución de Diferencias entre la Unión Europea y Marruecos y la Unión Europea y el Reino Hachemita de Jordania 243-256

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Miguel GÓMEZ JENE

Principio de colegialidad (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, nº 9/2010, de 10 de junio de 2011) 257-264

Miguel GÓMEZ JENE

Doble execuátur del laudo arbitral extranjero (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de 21 de julio de 2011) 264-274

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimosegunda) nº 200/2011, de 10 de junio de 2011 (*Puma AG Rudolf Dassler Sport / Estudio 2000, S.A.*) 275-280

Acción de anulación del laudo.– Motivos: carácter tasado. Causales no previstas en el art. 41 LA.- Causales subsumibles o deducibles de las relacionados en el art. 41 LA.– Infracción del principio de colegialidad.– Infracción del orden público.– Estimación.

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) de 21 de julio de 2011 (*Odfjell Tankers A.S. / Miguel Gallego S.A.*) 280-283

Doble execuátur de laudo arbitral dictado en Londres.– No aplicación del Reglamento 44/2001.– Desestimación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) de 23 de noviembre del 2011 (*Esintec SLP*) 283-285

Acción de anulación.– Convenio arbitral: alcance.– Inclusión de las cuestiones relativas a la eficacia, validez o nulidad de los contratos y negocios jurídicos susceptibles de arbitralidad en la dicción del convenio arbitral.– Ausencia de motivación: improcedencia.

Jurisprudencia extranjera

Estados Unidos

Hernando DIAZ-CANDIA

“Issue Conflict” in Arbitration as apparently [un]seen in 2011 by a U.S. Court in
STMicroelectronics vs. Credit Suisse Securities 287-297

Noticias

Centro de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)

Buenas prácticas en el arbitraje 299

Prejudicialidad penal en el arbitraje 300 *Los retos*

actuales en materia de obtención de pruebas en el arbitraje interna

cional: las nuevas reglas IBA y su posible influencia 301

Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio e Industria de Toledo

El arbitraje internacional y la reforma de la Ley de arbitraje, a debate en la Corte de Arbitraje
de Toledo 302

Fundación Mediara

El análisis del arbitraje y su reforma legislativa, a debate en Sevilla 303

International Bar Association

Reunión de Dubai (-1 de octubre a 4 de noviembre 2011) 305

Puerto Rico

Informe favorable a la aprobación de Ley para regular el Arbitraje Comercial
Internacional 305

Unión Europea

La Comisión pide generalizar normas de arbitraje para evitar los tribunales en controversias
de consumo 306

Bibliografía

Álvarez, José E. y Sauvant Karl P. (edis.), con la colaboración de Ahmed, Kamil Gérard y
Vizcaíno, Gabriela P.), *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities,
Options*, Oxford University Press, 2011 (K. Fach Gómez).
..... 309

Clay, Thomas (director:): *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, París, 2011 (J.C.F.R.) 313

Martínez González, Pedro: *El nuevo régimen del arbitraje. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo*, Barcelona, 2011. 314

Moreno, Juan Damián: *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011*, La Ley, 2011 314

Revista de Revistas

Miscelánea 317

La buena fe en el arbitraje internacional

Bernardo M. CREMADES *

Sumario: I. Introducción. II. Los Principios Generales del Derecho. III. La buena fe en el Derecho clásico contractual. 1. La buena fe en el código civil francés. 2. La buena fe en el Derecho alemán. 3. La buena fe en el Derecho anglosajón. 4. Las consecuencias de la diferencia entre el Derecho continental y el anglosajón en materia de buena fe: A) La buena fe y la responsabilidad precontractual; B) La buena fe en la interpretación del contrato; C) La buena fe en la ejecución de los contratos. IV. La buena fe en el Derecho internacional. V. La buena fe en el arbitraje internacional. VI. Las exigencias de arbitrar en buena fe. VII. A modo de conclusión.

I. Introducción

Resulta difícil encontrar algún laudo arbitral internacional que no se fundamente en o, al menos, no mencione la buena fe. Esta omnipresencia de la buena fe no quiere decir, sino todo lo contrario, que haya claridad a la hora de entender qué es, cómo debe utilizarse y de qué manera resulta predecible lo que un tribunal arbitral pueda estimar como buena fe en el comportamiento de las partes en litigio. A lo largo de mi experiencia arbitral me he ido encontrando reiteradamente con la necesidad de resolver reclamaciones de parte en base a la buena fe. Citaré tres procedimientos a título de ejemplo.

Comenzando mi carrera, fui designado presidente de un tribunal, conocido hoy principalmente por el nombre de la demandante: *Norsolor*. Se trataba de un conflicto comercial en torno a un contrato de compraventa entre una empresa francesa y otra de Turquía. Las partes se habían sometido al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional sin especificar el lugar del arbitraje ni el Derecho aplicable. La

* Socio Fundador de Cremades y Asociados.

Corte indicó que el lugar del arbitraje sería Viena; con arreglo al Derecho austriaco, a falta de acuerdo expreso entre las partes, el procedimiento arbitral debería desarrollarse conforme a Derecho. A la hora de la deliberación, el tribunal entendió que podía optar por el Derecho francés o el Derecho turco con parecida argumentación; el problema surgía por el hecho de que si se aplicara uno u otro debía concluirse de forma diametralmente distinta según las pretensiones de las partes. El tribunal entendió como solución razonable aplicar los principios generales del Derecho internacional económico, invocando la *lex mercatoria* que entendía vigente entre comerciantes internacionales. La parte disconforme solicitó la anulación del laudo arbitral en los tribunales austriacos entendiendo que el tribunal arbitral estaba obligado a arbitrar según Derecho y por la invocación de la *lex mercatoria* había decidido conforme a equidad; al final el Tribunal Supremo austriaco entendió que los árbitros habían procedido correctamente al invocar los principios generales del Derecho internacional y aplicar la *lex mercatoria*. La aparición del laudo en sede judicial surgió de nuevo en Francia cuando una de las partes solicitó el executur para su ejecución y la otra arguyó la violación del orden público al haberse convertido un arbitraje que debía desarrollarse en Derecho en uno de equidad por haber decidido conforme a la *lex mercatoria*. La Corte de Casación ratificó de nuevo el correcto comportamiento del tribunal pues los principios generales del Derecho internacional forman parte de las fuentes del Derecho y, por lo tanto, al aplicarlos el tribunal habría procedido correctamente en su obligación de arbitrar conforme a Derecho internacional. Esta primera aparición de la *lex mercatoria* en el arbitraje internacional daría lugar a una rica polémica cuando los profesores Goldman y Schmitthof iniciaron con sus publicaciones una serie de conferencias y congresos cuyas posturas diferenciadas todavía se mantienen en la doctrina actual¹.

Años más tarde fuimos designados en un importante litigio entre las empresas *Abbot y Baxter*. La sede del arbitraje era Chicago, el Derecho aplicable el de Michigan y en el tribunal arbitral me encontraba junto a destacados colegas, uno profesor distinguido de una universidad de Japón y otro conocido abogado del Estado de Texas. La discusión se centraba en torno a un contrato de cesión de patente con fuertes implicaciones en diferentes países del lejano Oriente. En

¹ *Norsolor, S.A. (France) v. Pabalk Ticaret Sirketi, S.A. (Turkey)*, Tribunal de grande instance de Paris (4 de marzo de 1981); *Cour d'appel de Paris* (15 de diciembre 1981 y 19 de noviembre 1982) y *Cour de Cassation* (9 diciembre de 1984). Igualmente, *Viena Court of Appeal* (29 de enero de 1982), *Austria Supreme Court* (18 de noviembre 1982).

la deliberación, nuestro colega norteamericano a quien habíamos designado presidente nos indicó que la buena fe no podía ser base jurídica de pretensiones; la mayoría del tribunal entendió, sin embargo, que la eficacia internacional de dicho contrato obligaba a la directa aplicación del principio general de la buena fe. La opinión disidente de nuestro colega minoritario, basada en su formación anglosajona, no convenció a la mayoría ni tampoco a los jueces que analizaron la impugnación judicial sin éxito sobre la validez de dicho laudo arbitral².

Posteriormente, en un tribunal de arbitraje en el marco del CIADI tuvimos que analizar la buena fe en el contexto de una excepción por falta de jurisdicción esgrimida por la República del Perú en contra de la empresa chilena *Luchetti*. El tribunal arbitral estudió las pruebas presentadas sobre la corrupción que había presidido la aceptación de la inversión y la concesión de las correspondientes licencias en contra de normas de medio ambiente. En consecuencia, entendió el tribunal que habiéndose probado de forma clara y tajante la corrupción, en su forma más grave cuando se trata de corrupción judicial, no cabía tutela arbitral internacional. Hacía ya algún tiempo que la sentencia arbitral *Lanco* en su litigio con la República Argentina había ya determinado una doctrina aceptada unánimemente. El convenio arbitral surge de la oferta pública realizada por los estados en el tratado de protección de inversiones respecto de los inversores del otro país contratante y de la aceptación individualizada del inversor a la hora de formular una demanda arbitral. Sin embargo, la oferta pública que el Estado realiza debe ser aceptada de buena fe por el inversor a la hora de iniciar el procedimiento arbitral. Por ello, el tribunal de *Luchetti* privó de los efectos de *res iudicata* a las decisiones judiciales que finalmente autorizaron la inversión en Perú³.

Estas tres experiencias arbitrales, entre otras muchas, han dado carta de naturaleza al principio de la buena fe en el arbitraje internacional. Sin embargo, no está claro cuál es el contenido de esa buena fe. Algunos ven en dicho principio connotaciones religiosas; en Roma, la diosa Fides era la encargada por Júpiter de la justicia en los contratos; en la época medieval la buena fe conecta con la moral cristiana. La doctrina francesa de los siglos XIX y XX introduce un concepto laico en esa connotación religiosa a través del altruismo o de la lealtad. La doctrina alemana aplica el párrafo 242 *BGB* con referencias

² *Baxter International Incorporated v. Abbott Laboratories, United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 16 de enero 2003.

³ *Empresas Luchetti, S.A. and Luchetti Peru S.A. v. Republic of Peru*, ICSID N° Arb./03/4, 7 de febrero de 2005.

kantianas al imperativo categórico. En el ámbito anglosajón, la doctrina y la jurisprudencia se hacen eco de un rechazo radical de la buena fe que entienden “repugna” con el espíritu de contradicción que debe reinar en el mundo contractual. Por supuesto, dicha repulsa ha sido mitigada en el ordenamiento jurídico de EE UU, donde no faltan voces indicando que la buena fe es el gran hallazgo reciente del Derecho americano. En cualquier caso, en unos y en otros ordenamientos se cuestionan la buena fe y, en general, los *standards* que puedan llegar a permitir la arbitrariedad del decisor, sea judicial o arbitral. Entre nosotros, la voz tajante del maestro peruano Fernando de Trazegnies es radical al respecto cuando nos dice que la buena fe es el terrorista del Derecho, permite la arbitrariedad en el órgano decisorio⁴.

Por eso resulta de enorme interés centrar nuestra atención sobre la buena fe en el arbitraje internacional. Cuando se inicia un procedimiento, una de las labores más delicadas y fundamentales es la selección de los árbitros y especialmente del presidente del tribunal arbitral. La gran pregunta que deben hacerse quienes fijan la estrategia arbitral de las partes, es decir sus abogados, cuando se va a presentar un caso en el que pueda jugar un papel relevante la buena fe es saber si la cultura jurídica y la formación de los eventuales árbitros puedan o no condicionar su ulterior decisión. Los abogados deben ser conscientes de los diferentes enfoques que puedan darse a la buena fe en la fase decisoria, en el decisor *making-process* de los árbitros.

Sin duda, la globalización de la economía y la extraordinaria profesionalización de los árbitros minimizan la importancia que a veces puede darse al tema en la confrontación a la que asistimos en conferencias y congresos. Con razón, indicaba G. Flaubert que “la verdad se encuentra más bien en las medias tintas que en los tonos bien marcados”⁵.

El análisis de la buena fe en el arbitraje internacional exige considerar los principios generales del Derecho (II), la buena fe en el llamado Derecho clásico contractual, que parte del siglo XIX (III), la buena fe en el Derecho internacional (IV), la buena fe en el arbitraje internacional (V) y las exigencias de arbitrar de buena fe (VI).

⁴ R.J. Vernengo *et al.*, *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Buenos Aires, La Ley 2004, p. 27: se trata de un principio “tan vago y ambiguo”; F. de Trazegnies Granda, “Desacralizando la buena fe en el Derecho”, *Advocatus* (Lima), n° 17, 2007, pp. 119 ss: “la equidad y la buena fe –con la vaguedad implícita a la que se ha hecho referencia– se convierten aquí en los agentes terroristas de la seguridad contractual”.

⁵ G. Flaubert, *Correspondence 1846*, París, 1927, p. 417: “*la verité est tout autant dans les demi-teintes que dans les tons tranchés*”.

II. Los principios generales del Derecho

Empieza el Código civil español, art. 1, en su párrafo 1º, diciendo que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. A continuación matiza, art. 1º, en su párrafo 4º: “los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

En los ordenamientos jurídicos estatales, en consecuencia, aparecen los principios generales del Derecho como verdaderas y auténticas fuentes, junto a la ley y la costumbre. Además, se recalca su carácter de informador del ordenamiento jurídico, de forma que tanto la ley como la costumbre deben ser interpretadas a la luz de los principios generales del Derecho. Además, queda claro que son base para pretensiones: se aplicarán en defecto de ley o costumbre. Las partes pueden, pues, invocar los principios generales del Derecho como base directa de pretensiones⁶.

Es en este contexto en el que hay que analizar la buena fe en el ordenamiento jurídico. El *Diccionario de la lengua española* elaborado por la Real Academia Española (Vigésima–Segunda edición, 2001) define la “buena fe” con los siguientes criterios: “rectitud, honradez; criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos del Derecho; en las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte”. La buena fe aparece como conducta basada en la confianza. Con razón ha señalado Fukuyama que las relaciones sociales, también y especialmente el Derecho, debe basarse sobre la confianza (*trust*)⁷. La buena fe es exigible en Derecho en todo comportamiento humano⁸.

Sin embargo, la buena fe como conducta debe tener un plus normativo para convertirse en principio general del Derecho. Es frecuente la

⁶ E. Gaillard, “La distinction des principes généraux du droit et les usages du commerce international”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, LexisNexis, 1991, p. 216 “l’auteur de ces lignes espère avoir montré la nécessité de réserver le terme ‘usages du commerce international’ aux pratiques habituellement suivies dans une branche d’activité déterminée et de ne reconnaître à cette notion qu’un rôle purement supplétif, à la différence des principes généraux du droit qui constituent de véritables règles transnationales”.

⁷ F. Fukuyama, *Trust, the Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press Paperbacks, 1995, p.26: “trust is the expectation that arises within a community of regular, honest and cooperative behaviour, based on commonly shared norms”.

⁸ Cicerón, *De officiis*, Libro 1º, 23: Fides es “la fidelidad y la sinceridad en las palabras y en los compromisos adquiridos”.

aparición de la buena fe en numerosos artículos del código civil regulando diferentes manifestaciones contractuales. Con razón ha dicho L. Díez Picazo que “el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de aprehender dentro del Derecho civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica”⁹.

Manifestaciones específicas de la buena fe como principio general del Derecho pudieran ser el abuso de derecho como ejercicio antisocial de un derecho, la doctrina de los actos propios o la buena fe en la participación de todo proceso.

El art. 7 del Código civil español establece que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Por ello, añade “la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. La prohibición del abuso de derecho o de su ejercicio antisocial es una clara consecuencia normativa de la buena fe como principio general del Derecho.

La doctrina de los actos propios es otra de las exigencias normativas de la buena fe como principio general del Derecho. Implica, como indica Díez Picazo, “un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever”¹⁰. La doctrina de los actos propios, de construcción principalmente jurisprudencial en base a la buena fe, constituye un límite de los derechos subjetivos. No extingue el derecho, sino que solamente limita su ejercicio. Se traduce en una inejecutabilidad del derecho.

La participación en todo proceso, sea judicial o arbitral, debe efectuarse conforme a la buena fe. Así lo establece el art. 247, párrafo 1º, LEC española: “los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe”. El art. 11, párrafo 1, de la ley orgánica del poder judicial dice que “en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones

⁹ L. Díez Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 134. ¹⁰ *Ibid.*, p. 245.

que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. En materia de arbitraje hay que recordar la Ley peruana de arbitraje de 2008, cuyo art. 38 recuerda que “las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”.

Los principios generales del Derecho y, entre ellos, el de buena fe como principio de principios, se incardinan en los diferentes ordenamientos jurídicos¹¹. Por ello, René David hablaba en 1987 de la “nacionalización del Derecho internacional privado”¹². El maestro francés no conoció la globalización de la economía ni el correspondiente establecimiento de un Derecho económico de carácter universal. El arbitraje comercial internacional empezó siendo materia propia del entonces llamado Derecho comparado; la jurisprudencia arbitral y el protagonismo de los árbitros ha ido creando un Derecho internacional económico por lo menos distante de los ordenamientos jurídicos de las personas o empresas que arbitran. Incluso, se puede cuestionar la aplicabilidad de las normas nacionales de conflicto cuando las partes hayan expresado su deseo de someterse a una decisión conforme a principios generales del Derecho internacional. Los tratados reguladores del arbitraje internacional permiten a los árbitros aplicar las normas de conflicto que consideren más oportunas. Así lo confirma el art. 34.2º LA/2003: “si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas”.

III. La buena fe en el Derecho clásico contractual

El arbitraje internacional ha perdido el anclaje absoluto de los Derechos nacionales. Sin embargo, los árbitros protagonizan el arbitraje internacional y por ello es correcto preguntarse si la cultura jurídica de la que proceden, si la formación que han recibido, condicionan su proceso mental decisorio a la hora de aplicar el principio general de la buena fe. Por eso, es interesante analizar la aceptación de la buena fe en los ordenamientos jurídicos que pudiéramos considerar como troncales. Me refiero al Derecho francés, al alemán o al anglosajón. Lo que ha venido en llamarse “Derecho clásico contractual” se elabora en

¹¹ P. Mayer, “Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international,” *Etudes de droit international en honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 554: “la bonne fois apparaît ainsi comme le principe des principes”.
¹² René David, *Le droit de commerce international: réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, París, 1987, pp. 10 ss.

los siglos XIX y principios del XX en torno a los grandes movimientos codificadores. Las diferentes escuelas forman a sus respectivos juristas nacionales, a veces con criterios radicalmente contrapuestos. Su análisis, aunque sea somero, resulta imprescindible para contestar a la pregunta sobre la influencia de la cultura jurídica propia del árbitro–persona en la decisión que deba tomar la persona–árbitro.

1. La buena fe en el Código civil francés

El Código civil francés, en vigor desde el año 1804, indica que los contratos “deben ser ejecutados de buena fe”. Para el legislador francés la buena fe se encuadra inicialmente en la ejecución de los contratos.

Los juristas franceses, a la hora de su codificación, enlazan con la tradición romana, en la que la *Fides* constituye sobre todo una noción religiosa. En el Capitolio se erigió un templo dedicado a la Diosa Fides, a cuya divinidad se le atribuía la protección de los contratos. Posteriormente, la buena fe se integra dentro de la fe cristiana y en esa línea se encuentran los inspiradores del Código civil francés, Domat y Pothier¹³ que son considerados padres del Código civil francés la buena fe es indudablemente una noción de inspiración religiosa. Para Jean Domat (1625–1696) la buena fe constituye una consecuencia directa del amor mutuo entre los hombres, es un mandato divino. Su influencia cristiana, en cuanto activo miembro de la comunidad hanseñista, se refleja en sus postulados jurídicos. Posteriormente Robert–Joseph Pothier (1699–1772), verdadero continuador de la obra de Domat, sostiene también que la buena fe tiene un estrecho vínculo con la inspiración religiosa del amor mutuo entre los hombres, lo que obliga a la necesidad de tener en cuenta los intereses ajenos.

La entrada en vigor del Código civil francés viene acompañada de una evolución ideológica en el concepto de la buena fe. No se insiste tanto en la conexión religiosa como en la necesidad de tener en cuenta lo que se vino en calificar el altruismo. A. Gide llegaría a afirmar que “la buena fe es una virtud esencialmente laica, que simplemente reemplaza a la fe”¹⁴.

¹³ Vid. R. Loir, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Ecole doctorale, n° 74, Lille 2.

¹⁴ A. Gide, *Journal*, t. II (1925–1950) p. 191: “La bonne foi est une vertu essentiellement laïque, qui remplace la foi tout court”. Recientemente Y. Derains y S. Adell, “Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés”, *Spain Arbitration Review*, n° 11, 2011 p. 28: “la lealtad en Derecho francés

La buena fe se convierte así en una exigencia general que se impone a todos los individuos estén o no vinculados por un contrato. De ahí que todo contrato deba ser interpretado en función de su relevancia social, haya sido o no tenida en cuenta por las partes al contratar.

2. La buena fe en el Derecho alemán

En el año 1900 entra en vigor el Código civil alemán (*BGB*). El párrafo 242 establece la necesidad de actuar con lealtad y buena fe (*Treu und Glauben*), párrafo que por su ulterior importancia jurisprudencial ha sido calificado como el rey del Código civil alemán¹⁵. La doctrina alemana se encontró muy dividida a lo largo del siglo XIX sobre la conveniencia o no de codificar la legislación civil. Conocida es la polémica iniciada por Thibaut en su libro sobre la necesidad de codificar en Alemania y la violenta reacción de Savigny para quien la legislación debe surgir despacio y como resultado del estudio de la costumbre y de las tradiciones de cada Estado. En la Alemania del siglo XIX triunfa la idea del hombre culto; la lucha entre las llamadas jurisprudencia de los conceptos y jurisprudencia de los intereses refleja el alto debate cultural de los juristas alemanes de la época¹⁶.

El concepto de buena fe que cristaliza en el antes mencionado párrafo 242 *BGB* rompe sus anclas con el pasado y se fundamenta en el imperativo categórico de Manuel Kant¹⁷. La buena fe conecta con esa ley universal que surge de la metafísica de las costumbres. Con indudable influencia de Rousseau, la filosofía kantiana entiende la libertad, no por el hecho de estar desvinculado de cualquier ley, sino por el sometimiento a la propia ley que resulta de la recta conciencia de cada uno¹⁸. Por eso, el contratante bajo la legislación alemana sabe que debe negociar de buena fe. Asume, si así no lo hiciera, una eventual culpa *in contrahendo*.

El párrafo 242 *BGB* ha jugado una importantísima función en la jurisprudencia alemana. El juez, o en su caso el árbitro, actúa: (a) ejer

es uno de los deberes asociados a la exigencia de buena fe que se impone en la ejecución de los contratos ...”.

¹⁵ O. Lando, “Is Good Faith an Over-arching General Clause in the Principles of European Contract Law?”, *Liber Amicorum, Guido Alpa: National Private Law Systems*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 604.

¹⁶ B.S. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, *The German Law of Contract*, 2ª ed., Oxford, 2006, pp. 12 ss.

¹⁷ O. Lando, “Is Good Faith an Over-arching General Clause...”, *loc. cit.*, pp. 602 ss; J. Duclos, *Études internationales*, vol. XXXV, nº 1, marzo, 2004.

¹⁸ *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, “La filosofía moral de Kant”, 2008, p. 20.

ciendo su función judicial, aplicando la ley y, en su caso, concretando las consecuencias de lo legalmente establecido; (b) limitando el ejercicio contractual en lo que pudiera suponerse como extralimitación en el ejercicio abusivo del derecho; (c) actuando incluso *contra legem*, introduciéndose en una verdadera ruptura ético-jurídica del derecho legal. De esta forma, el juzgador alemán ha sabido utilizar la letra del párrafo 242 *BGB* con músicas radicalmente distintas según las exigencias ético-políticas del momento¹⁹.

El jurista alemán ha introducido junto a las obligaciones principales de cualquier contrato las llamadas accesorias. Entre ellas, por ejemplo, el deber de vigilancia, la obligación de aclaración a la otra parte, prestaciones en lealtad, la obligación de colaborar o la obligación de informar²⁰.

3. La buena fe en el Derecho anglosajón

A pesar de que en el siglo XVIII Lord Mansfield, el padre del Derecho comercial inglés, entendió que la buena fe era “el principio por el que se debería regir todos los contratos y negociaciones”, lo cierto es que el actual Derecho inglés tiene la fuerte tendencia de interpretar los documentos literalmente²¹. Ese mágico poder ha sido descrito por D’Amato de la siguiente forma: “esto se ilustra por el hecho histórico de que en los primeros días del contrato, si el papel en el cual se había escrito se perdía o se destruía, el contrato era considerado como resuelto”²². Lord Ackner expresa claramente la postura del jurista inglés ante la buena fe (*Walford v. Miles*): “el concepto de un deber de nego

¹⁹ R. Zimmermann y S. Whittaker, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 22: “today we have still not managed to find a magic formula which defines the line to be drawn between what may properly be classified as ‘interpretation’ and what is usually referred to as ‘judicial development’ of the law”; F. Wiaecker, *El principio general de la buena fe (Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1982 p.50: “como Boehmer ha destacado, el párrafo 242 *BGB* “actúa también *iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*”.

²⁰ W.F. Ebke y B.M. Steinhauser, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, Forschungsbericht, Universidad de Bonn, 1996-1998, p. 177. En la p. 190 hace un interesante comentario: “german courts are moving in the direction of common-law jurisdictions, where judges openly admit that they are making-law” ... “The doctrine of good faith is a particularly tempting instrument for interstitial law making”.

²¹ J. Munukka, “Harmonisation of Contract Law: in Search of a Solution to the Good Faith Problem”, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 48, 2005, pp. 229-250, esp. p. 233.

²² A. D’Amato, “Good Faith”, *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, p.600: “Thus if one party performed its obligation under a written contract and then lost (or forcibly deprived of) the paper upon which the contract was written, the other party was entirely relieved of its reciprocal obligation”.

ciar de buena fe es inherentemente repugnante a la posición de partes adversarias–contrarias, envueltas en negociaciones. Cada parte en una negociación tiene derecho a proseguir su propio interés, mientras evite hacer falsas interpretaciones. Un deber de negociar de buena fe es tan impráctico como inconsistente con la posición de las partes negociadoras”²³. Lord Steyn ha indicado que no existe necesidad en el Derecho inglés de introducir un deber general de buena fe en cuanto que los tribunales respetan “las razonables expectativas de las partes de acuerdo con la actitud pragmática del Derecho inglés”²⁴.

Así se explica la reacción violenta de los juristas ingleses en la polémica surgida en torno a la *lex mercatoria* en el arbitraje internacional con ocasión de la sentencia citada en el caso *Norsolor*. Lord Mustill lideró la crítica radical frente a la posible utilización de la *lex mercatoria* por los árbitros internacionales²⁵. La buena fe, los principios generales del Derecho o, en general, la *lex mercatoria* eran contrarios a las bases fundamentales del Derecho británico, basado en el sacrosanto respeto al texto literal de lo contratado.

La integración del Reino Unido en la Europa comunitaria ha introducido legislación en Inglaterra que permite cuestionar las posiciones radicales que hace algunas décadas se pudieran mantener. La legislación sobre consumidores²⁶, la ratificación del tratado de Viena sobre la compraventa²⁷ o la participación inglesa en los principios del Derecho europeo son claras manifestaciones de una posible evolución al respecto²⁸.

²³ “The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. A duty to negotiate in good faith is unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating party”, *Walford v. Miles*, 1992, 2 A.C., 128–138.

²⁴ R. Zimmermann y S. Whittaker, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2008, p. 47. ²⁵ Lord M. Mustill, “The New Lex Mercatoria: the First Twenty–Five Years”, *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Oxford Clarendon Press 1987, pp. 149 ss.

²⁶ J. Calais–Auloy, “Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation”, *General Clauses and Standards in European Contract* (S. Grundmann y D. Mazeaud, Kluwer Law International, 2006).

²⁷ E. Muñoz e I. Schenzer, *Schlechtriem & Schwenzer, Comentario sobre la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Pamplona, 2011, p.347 “el Art. 7.1 fue fuertemente influenciado por el entendimiento alemán del principio *Treu und Glauben* y su impacto en textos legales así como en contratos individuales”.

²⁸ E. Peden, *Good Faith in the Performance of Contracts*, Butterworths, 2003, p. 11: “the duty of good faith is slowly being introduced into England through european and international initiatives”. H. Bealt, “General clauses and specific Rules in the Principles of European Contract Law: the Good Faith Clause”, *General Clauses and Standards...*, *op.*

En otros países de la *Commonwealth* la admisión de la buena fe como principio general del Derecho ha sido reciente y de enorme importancia. En EE UU, la sección 1-203 del *Uniform Commercial Code* (UCC) indica que “todo contrato u obligación ejercido en el marco de la presente regulación impone una obligación de buena fe en su ejecución o desarrollo”. La sección 205 del segundo *Restatement of Contracts* señaló en 1981 que “todo contrato impone a las partes un deber de buena fe y de comportamiento correcto en su cumplimiento o ejecución”. Esta sección indica, además, que el comportamiento debe adecuarse a la “finalidad común de las partes y congruentemente con las expectativas justificadas de la otra parte”.

Por todo ello, Allan Farnsworth ha podido decir que “el concepto de la buena fe se ha convertido en, escasamente pocos años, uno de los pilares específicos americanos de nuestro Derecho anglosajón de los contratos”²⁹. La antes mencionada sentencia de *Abbot Laboratories v. Baxter International* indica en su párrafo 31 que “este Tribunal entiende que la obligación de buena fe bajo el Derecho de Illinois establece en este caso una independiente *causa petendi* en el acuerdo. ... buena fe no es sólo una ayuda para la interpretación de los acuerdos, constituye una base legal distinta para los compromisos contractuales”. En Australia, Anthony Mason no ha tenido inconveniente en comentar que “por debajo de la *High Court* nuestros tribunales aceptan que la obligación de buena fe en la ejecución de los contratos sea algo implícito”, aunque la cuestión de si la *High Court* está de acuerdo con este punto de vista permanece todavía como pregunta no respondida³¹.

4. Las consecuencias de la diferencia entre el Derecho continental y el anglosajón en materia de buena fe

En la práctica resulta difícil una confrontación entre el jurista continental y el anglosajón. Especialmente el árbitro experimentado en una economía globalizada sabe interpretar y aplicar conceptos jurídicos de

cit., p. 218 mantiene una actitud muy crítica hacia la participación inglesa en los Principles of European Contract Law (PECL): “First Article 1:102 needs to be revised to make clear that good faith and fair dealing is not an overarching control mechanism”. Richard S. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard L. Rev.*, 1980, p. 369.

²⁹ M.A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, 5ª ed., 2006, Foundation Press, p. 117: “we should bear in mind that the law imposes upon the contracting parties an obligation to act towards one another in good faith”. Vid. T. Klimas, *Comparative Contract Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2006.

³¹ Prólogo a E. Peden, *op. cit.*

otros sistemas aunque le resulten distantes. Sin embargo, creo interesante contrastar las posiciones más radicales entre el jurista continental y el anglosajón, pues en la práctica podemos con frecuencia comprobar cómo la reacción psicológica del árbitro resulta explicable en su decisión. Hoy con la importancia que está teniendo el arbitraje internacional en los países de la América latina estamos viendo tribunales que aplican Derechos latinoamericanos sin que ninguno de los árbitros conozcan los principios básicos del Derecho continental, pues ni tan siquiera entienden el español. ¿Hasta qué punto pueden decidir con base en traducciones o explicaciones de las partes sobre conceptos jurídicos tan nuestros como es el principio general de la buena fe?³²

A) La buena fe y la responsabilidad precontractual

El jurista continental tiene clara la idea de que existe una eventual culpa *in contrahendo* cuando una de las partes rompe las negociaciones sin justa causa. Existe igualmente responsabilidad precontractual al violar el deber de confidencialidad, aunque no se haya pactado expresamente, si se producen daños a la otra parte. Si una de las partes en las negociaciones conoce algún impedimento que haga nulo o anulable el contrato y no lo informa a la otra puede estar sometido al pago de los daños sufridos (interés negativo) o de los beneficios que la parte inocente no ha podido recuperar del contrato (interés positivo).

El Derecho inglés parte, por el contrario, del punto de vista de que cada parte tiene sus propias capacidades y no debe a la otra una obligación fiduciaria. Su único límite en esta negociación consiste en que no debe cometer fraude o engaño³³.

B) La buena fe en la interpretación del contrato

Los contratos “deben ser ejecutados de buena fe” y ésta exige que las declaraciones de las partes deban ser interpretadas en cuanto provenientes de gente razonable. De ahí que en diferentes preceptos de los códigos civiles se admita una interpretación subjetiva y objetiva.

³² J. Beatson y D. Friedman, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 4: “*english contract lawyers have shown a greater willingness to export ideas than to import them*”.

³³ R.A. Hilman, *Contract Law*, 2ª ed., 2004, p. 271 “*Judge Posner found a good faith obligation to cooperate, which he characterized as halfway between a fiduciary duty ... and the duty merely to refrain from active fraud*”. Vid. J.-F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier, (Fraus omnia corrumpit)*, Bruselas, Bruylant, 2000.

La primera para descubrir la intención real de las partes contratantes y la objetiva para obtener la más razonable y equitativa.

Por el contrario, el Derecho inglés no hace referencia a la buena fe. La interpretación de los contratos es un medio en virtud del cual los tribunales dan al lenguaje de las partes el verdadero significado de las palabras utilizadas. La aproximación es objetiva, buscando la intención de las partes en el propio contrato, sin que la intención subjetiva de las partes tenga valor decisivo³⁴.

C) La buena fe en la ejecución de los contratos

Para el jurista continental el contrato debe ser ejecutado de buena fe. Para ello se establecen dos criterios. El básico, el de un buen padre de familia, o el más exigente en el caso de que se trate de una relación profesional.

En el Derecho inglés, las partes pueden ejercer sus derechos derivados del contrato y los demandantes están legitimados para solicitar lo que entiendan por conveniente siempre que no hayan incumplido sus propias obligaciones contractuales. El Derecho anglosajón parte de la idea de que la responsabilidad contractual es absoluta y, por eso, si no se puede ejecutar siempre cabe el pago de daños y perjuicios³⁵. A veces en los congresos tratamos de presentar los diferentes puntos de vista exagerando las diferencias entre el Derecho continental y el anglosajón. Lo importante realmente es saber si cuando designamos a un árbitro de una u otra procedencia cultural podemos pronosticar una cierta tendencia decisoria. Si se trata, por ejemplo, de un litigio en torno a la responsabilidad precontractual, la cuestión es si un árbitro anglosajón decidirá de forma diferente a uno de formación continental.

La práctica viene reflejada por Philippe Kahn en su trabajo sobre los principios generales del Derecho delante de los árbitros en el co

³⁴ M.A. Chirelstein, *Concept and Case Analysis in the Law of Contracts*, 5ª ed., Foundation Press, 2006: "legal rules in some way provide assurance that the agreement will be honoured. Contract law is supposed to implement that expectation". E.C. Zaccaria, "The Dilemma of Good Faith in International Commercial Trade", *Macquarie J. of Business L.*, vol. 5, nº 1, 2004, p. 102; J. Klein, "Good faith in International Transactions", *Liverpool L. Rev.*, 1993; R. Hillman, *Principles of Contract Law*, 2ª ed., Thompson Reuters, 2009, p. 27.

³⁵ *Vid.* D. Friedmann, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract, (Good faith and Fault in Contract Law)*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 425. *Vid.* también M. Schneider y J. Knoll, "Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration", *Association Suisse de l'Arbitrage*, JurisNet 2011; O. Ben-Sharar y A. Porat, *Fault in American Contract Law*, Cambridge University Press, 2010.

mercio internacional cuando concluye que “los árbitros deben pues realizar un delicado trabajo de interpretación que está más próximo a la de una obra creadora”³⁶. Otro distinguido profesor universitario, esta vez anglosajón, Allan Farnsworth indica que “los abogados continentales enfocan los conceptos de buena fe y comportamiento leal como componentes esenciales de sus sistemas legales”. Por otro lado, los abogados anglosajones miran estos conceptos generalmente como innovaciones recientes en sus sistemas legales³⁷. Entre los sistemas de Derecho anglosajón sólo los Estados Unidos de América han desarrollado relativamente bien la doctrina de la buena fe y del comportamiento leal en relación a la ejecución de los contratos. En esta idea, me gustaría también añadir la opinión de Lord Steyn cuando concluye sus consideraciones en materia contractual sobre el cumplimiento de un hombre honesto diciendo que “en definitiva, no existe una gran diferencia entre el requisito objetivo de la buena fe y el de las razonables expectativas de las partes”³⁸.

IV. La buena fe en el Derecho internacional

El Derecho internacional público que nos enseñaron en nuestra juventud estaba muy directamente imbuido por las consideraciones de Maquiavelo que escribiera en 1513 que todo príncipe de nuestro tiempo “no canta otra cosa que sobre la paz y la buena fe: y es un gran enemigo de lo uno y de lo otro”³⁹. Más en concreto, Yakemtchouk indica que “la práctica internacional demuestra igualmente que la buena fe que se les supone a los Estados proviene de un gran mito ya que no hay angelismo en política internacional”⁴⁰.

El Derecho internacional público surgía de los ejercicios de poder de los Estados soberanos. Por eso, la introducción de la buena fe en el Derecho internacional, y más en concreto en el Derecho interna

³⁶ Ph. Kahn, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, *Journ. dr. int.*, 1989, n° 2, p. 308.

³⁷ E.A. Farnsworth, “Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions and National Laws”, *Tul. J. Int. Comp. L. & Comm.*, 1991, p. 101.
³⁸ R. Zimmermann y S. Whittaker, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 47.

³⁹ N. Maquiavelo, *Le Prince (1513)*, París, Gallimad, 1962, p.127: “il est aisé de voir que tout Prince de notre temps ne chante qu'autre chose que de paix et de bonne foi: et de l'un et de l'autre il est très grand ennemi”.

⁴⁰ R. Yakemtochouk, *La bonne fois dans le pratique coutumière des États*, París., Editions Techniques et Économiques, 2002, p. 7.

cional público, es algo muy reciente⁴¹. El art. 2, párrafo 2 de la Carta de Naciones Unidas indica que “todos los miembros para garantizarse los derechos y beneficios resultantes de la pertenencia a las Naciones Unidas, deben cumplir en buena fe las obligaciones asumidas de acuerdo con la presente carta”⁴². La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1970 relativa a la declaración sobre los principios del Derecho internacional sobre las relaciones amistosas y cooperación entre los Estados señala que “cada estado tiene el deber de cumplir de buena fe sus obligaciones de acuerdo con los principios y las reglas de Derecho internacional generalmente reconocidos”⁴³. El principio general de la buena fe en el Derecho internacional cristaliza en diferentes textos básicos⁴⁴. El art. 38.1º.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que “los principios generales del Derecho reconocidos en las naciones civilizadas” constituye una de las fuentes del Derecho internacional que deben ser aplicadas por la Corte⁴⁵. Con razón indica el profesor Georg Schwarzenberger, en el prólogo al magnífico libro de Bin Cheng sobre los principios generales del Derecho, que los redactores del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional lanzaron, sin quizá darse cuenta de las consecuencias, “un reto a la doctrina del Derecho internacional para navegar en aguas nuevas y desconocidas”⁴⁶. El principio de la buena fe, a partir de este momento, constituye una fuente del Derecho internacional que debe ser tenido en cuenta en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y, en general, por los protagonistas del Derecho internacional, tanto público como privado. Por eso no es de extrañar que la Corte Internacional de Justicia indicara en 1974 (*Nuclear Test*) que “uno de los principios clásicos

⁴¹ W.W. Burke-Ehite y A. Von Stadten, “Investment protection in Extraordinary Times”, *Virginia J. Int’l L.*, vol. 48, p. 378: “while good faith has long been a core principle of international law, a workable standard of good faith review has yet to be fully developed”.
⁴² Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945.

⁴³ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas titulada “Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States”. G.A. res. 2625, Annex, 25, UN Doc. A 5217 at 121 (1970).

⁴⁴ En palabras del Juez M. Bedjaoui, “good faith is a fundamental principle of international law, without which all international law would collapse” (Keynote address to a conference “Good faith, International Law and the Elimination of Nuclear Weapons”).

⁴⁵ Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ...c) los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

⁴⁶ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 1953. Vid. también G. Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *R. des C.*, vol. 87, 1955, pp. 290 ss.

que gobiernan la creación y el cumplimiento de las obligaciones legales cualquiera que sea su fuente es el principio de la buena fe⁴⁷. Aunque es cierto que la jurisprudencia de la Corte Internacional ha sido oscilatoria al respecto cuando en 1988 (*Nicaragua vs. Honduras*) precisa que la buena fe como concepto “no es en sí mismo una fuente de obligación”⁴⁸.

El art. 30.1º del Convenio de Viena⁴⁹ sobre la interpretación de los tratados, preceptúa que “un tratado debe ser interpretado de buena fe y de acuerdo con el sentido ordinario que se da a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad”. También se aplica, como es lógico, a los tratados reguladores del arbitraje internacional, tanto mercantil como de protección de inversiones. Interesante es recoger lo que en su preámbulo indica que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. Los tribunales de arbitraje, en consecuencia, están interpretando los tratados sacando las consecuencias lógicas de esta mención al principio de la buena fe⁵⁰. Entre otros muchos ejemplos pudiera citarse el laudo arbitral entre Técnicas Medioambientales *Tecmed, S.A. y la República de México*:

“... el tribunal arbitral considera que este precepto del acuerdo, a la luz del principio de buena fe establecido por el Derecho internacional exige que las partes contratantes otorguen el tratamiento a las inversiones internacionales que no afecte a las básicas expectativas que tuvo en cuenta el inversor a la hora de realizar la inversión”⁵¹.

La Convención de Viena sobre la compraventa de mercaderías habla igualmente del principio de buena fe en su art. 7º, párrafo 1º: “en la interpretación de la presente convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Los comentarios a esta convención resaltan el carácter de compromiso con el que se cerró la confrontación entre los juristas anglosajones y los continentales a la hora de introducir el concepto de buena fe. No se dice que la compraventa se ha de regir por la buena fe, sino que se debe asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Las actas de las deliberaciones sobre

⁴⁷ ICJ Reports 1974, p. 253.

⁴⁸ ICJ Reports 1988, p. 105.

⁴⁹ Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, hecha el 23 de mayo de 1969 y en vigor el 27 de enero de 1980.

⁵⁰ *Vid.* Th.W. Wälde, *Arbitration under International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2010, p. 161.

⁵¹ ICSID, Case Nº. Arb (AF) oo 2.

esta delicada materia recogen el compromiso entre los representantes de países que deseaban una norma general sobre la buena fe aplicable a los contratos y los que no la aceptaban porque introduciría un factor de incertidumbre de indudables riesgos en el arbitrio judicial o ~~otro~~⁵² postura muy distinta y clara es la que se refleja en los Principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales. El art. 1, párrafo 7º, dice que “1) Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y trato leal en el comercio internacional y 2) Las partes no pueden excluir o limitar esta obligación”. En el art. 2, párrafo 15, se indica que “1) Una parte es libre de negociar y no resulta responsable por el fracaso para obtener un acuerdo, 2) Sin embargo una parte que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños que pueda causar a la otra parte, y 3) Constituye mala fe, especialmente para una parte entrar o continuar en negociaciones con la idea de no alcanzar un acuerdo con la otra parte”⁵³.

El art. 201 de los Principios de Derecho europeo admite que “cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y lealtad”⁵⁴.

Para concluir con esta referencia a los textos básicos en los que se hace mención al principio general de la buena fe desde una óptica del Derecho internacional, no podemos olvidarnos del *Dispute Settlement Understanding* (DSU) en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Su art. 3, párrafo 10, hace mención de que “se da por supuesto que la demanda de conciliación y el uso de los procedimientos para arreglo de las diferencias no debe ser entendido como actos contenciosos y que, si surge la disputa, todos los miembros se comprometen en estos procedimientos al esfuerzo de buena fe para resolver sus diferencias”⁵⁵.

⁵² A.S. Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7”, *J.L. & Com.*, vol. 25,75. Vid. U. Magnus, “Comparative Editorial Remarks on the provisions regarding good faith in CISG Art. 7,1, and the Unidroit Principles, en J. Felemegas, *An international Approach to the interpretation of the UN CISG as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007.

⁵³ Vid. J.L. Siqueiros, “Los nuevos principios Unidroit 2004 sobre contratos comerciales internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, n° 11, mayo-agosto 2005, pp. 129 ss y R. Domingo, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Pamplona, Aranzadi, 2007.

⁵⁴ Vid. O. Lando, “Is Good Faith an Overarching General Clause...”, *loc. cit.*, pp. 601 ss; H. Beale, “General Clauses and Specific Rules in the Principles of European Law: the “Good Faith” Clause”, *General Clauses and Standards...*, *op. cit.*, pp. 205 ss. Vid. J. Felemegas, “An International Approach...”, *loc. cit.*, pp. 268 ss.

⁵⁵ M. Panizzon, “Good faith, Fairness and Due Process in WTO Dispute Settlement Practice. Overcoming the Positivism of International Trade Law”, *Essays on the future of the World Trade Organization*, Lausana, Editions Interuniversitaires Suisses, 2008.

V. La buena fe en el arbitraje internacional

Ya hemos indicado el reto que supone al jurista internacional el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los principios generales son fuente del Derecho y como tal deben servir no sólo para informar las relaciones jurídicas internacionales sino que, en fase contenciosa, pueden ser base directa de pretensiones. También en los arbitrajes comerciales internacionales y, por supuesto, en los de protección de inversiones a caballo entre el Derecho internacional público y el privado.

Berthold Goldman al estudiar la *lex mercatoria* distinguía los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas a los efectos del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de aquellos en los que se traduce la práctica y los usos del comercio internacional. Desde la época en que el maestro Goldman analizaba la *lex mercatoria* al momento presente han transcurrido pocos años pero extraordinariamente intensos en materia de arbitraje internacional⁵⁶. La generalización del arbitraje de protección de inversiones ha hecho saltar las fronteras de lo público y lo privado en el Derecho internacional. El arbitraje surgido de los tratados, ya sean bilaterales o plurilaterales, ha difuminado la distinción de lo público y lo privado también en materia de principios generales del Derecho. La buena fe sigue siendo, en palabras de Berthold Goldman, la esencia de la *lex mercatoria* pero también se encuentra en el núcleo del arbitraje de protección de inversiones según Philippe Kahn, “supone como contribución esencial el hecho de haber conectado directamente la responsabilidad a un principio general del Derecho transnacional”⁵⁸. Esa conexión de una decisión arbitral directamente con los principios generales del Derecho que realiza la sentencia *Norsolor* permeabiliza también en fase judicial en las decisiones de ayuda o control de los laudos arbitrales. El Tribunal Federal Suizo (*Emiratos Árabes Unidos v. Westland Helicopters*) ha estimado que el control ejercido en Suiza sobre una sentencia debería realizarse sobre el orden público transnacional o universal que incluya “los principios fundamentales de Dere

⁵⁶ B. Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Journ. dr. int.*, 1979, pp. 475 ss. Vid. el comentario de B. Goldman a la decisión de la *cour de cassation, civil, 1^{ère}*, 9 de octubre 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 437. P. Mayer “Le principe de bonne foi...”, *loc. cit.*, p. 548: “la bonne foi est en effet, selon l’expression de B. Goldman de l’essence de la *lex mercatoria*, elle ferait partie des principes généraux...”, *loc. cit.*, p. 321: “l’apport essentiel de la Sentence *Norsolor* est d’avoir directement rattaché la responsabilité à un principe général de droit transnational”.

cho que se imponen sin consideración alguna a los lazos de un litigio con un país determinado”⁵⁹.

La vinculación del arbitraje con los principios generales del Derecho aparece de forma clara y tajante en el de protección de inversiones. Baste recordar que el art. 42, párrafo 1º, del Convenio de Washington establece que “a falta de acuerdo el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado y aquellas normas–principios de Derecho internacional que pudieran ser aplicables”⁶⁰. La actuación del árbitro en un procedimiento del CIADI está, en consecuencia, vinculada a las normas o principios de Derecho internacional.

El principio de buena fe preside la actuación del árbitro en materia de protección de inversiones desde el mismo comienzo de su actividad. Cuando analiza su propia competencia debe ser consciente de que el convenio arbitral surge de la oferta pública que realizan los Estados signatarios del tratado de protección de inversiones respecto de los inversores procedentes del otro país. Sólo cuando el inversor actúa de buena fe puede aceptar dicha oferta pública, sólo entonces está legitimado para solicitar protección internacional. Por eso, reiteradamente ha indicado la jurisprudencia arbitral que no cabe aceptación de buena fe por parte del inversor si medió corrupción, lavado de dinero o fraude en su inversión. El principio de buena fe así lo impide. De forma clara se expresó al respecto el tribunal de *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*: “La buena fe es un principio supremo al que están sujetas las relaciones jurídicas en todos sus aspectos y los arbitrajes concretas pretensiones en base a un texto legislativo goza de una precisión interpretativa de la que carece cuando fundamenta sus decisiones en los principios generales del Derecho, en concreto en el de la buena fe. Por eso el lógico recelo que existe en la práctica y en la doctrina por lo que el recurso a la buena fe pueda suponer de inseguridad jurídica o, en el peor de los casos, de

⁵⁹ Tribunal Federal Suizo, decisión de 19 de abril de 1994, *Emiratos Arabes Unidos / Westland Helicopters*, BGE 120 II, p. 168: el Tribunal Federal ha estimado que el control ejercido en Suiza sobre una sentencia debería referirse “sur l’ordre public transnational ou universel incluant les principes fondamentaux du droit qui s’imposent sans égard aux biens du litige avec un pays déterminé”. Vid. E. Gaillard, “L’ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité”, *McGill L.J.*, vol. 55, 2010.

⁶⁰ Convención de Washington de 18 de marzo de 1965. Obsérvese que las traducciones oficiales no son fiel reflejo de lo acordado. La versión española habla de “normas de Derecho internacional”, la inglesa de “such rules of international law as may be applicable”. Mientras que la francesa se refiere a “ainsi que les principes de droit international”. *ICSID Arbitration No. 02/126*.

riesgo de arbitrariedad. En esos términos ya se expresaba Wieacker⁶², al igual que desde otra cultura jurídica lo hiciera Al-Sanhoury⁶³. Sin embargo, toda decisión judicial o arbitral, en cuanto actividad humana tiene un fuerte contenido discrecional de valoración personal. Por eso los árbitros son extraordinariamente cautelosos en la fundamentación de sus decisiones cuando deben aplicar el principio de la buena fe. En concreto, ven cercano el riesgo de un posible ulterior control judicial o de un tribunal especial para controlar las acciones de nulidad⁶⁴. En cualquier caso, queda claro que la aplicación de los principios generales del Derecho en el arbitraje internacional no supone una puerta abierta a la arbitrariedad. La buena fe se ejercita en la negociación contractual y en su posterior ejecución. Si la relación jurídica cae en el plano de lo contencioso no cabe duda de que los argumentos basados en la buena fe tienen un carácter más precario que otros y de ahí la necesidad de una mayor convicción primero y, después, de una más exquisita fundamentación del árbitro en su proceso de decisión.

VI. Las exigencias de arbitrar de buena fe

Al igual que con todo contrato, la negociación y la ejecución del convenio arbitral debe estar presidido por el principio de la buena fe. Este principio afecta tanto a las partes en litigio como a los árbitros o a las instituciones arbitrales o en general a cualquier persona que intervenga en un concepto u otro en el procedimiento arbitral ya sea a título de abogado o de experto.

⁶² F. Wiaecker, *El principio general de la buena fe (Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1982 p. 30 “se ha querido encontrar en las cláusulas generales una válvula para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhale como por diósmosis una fresca ética social de primera mano... Se teme que se produzca una debilitación del Derecho a través de una laxa y hasta demagógica equidad y se ve en las cláusulas generales una puerta abierta a la arbitrariedad”.

⁶³ Al-Sanhoury, “Le Standard juridique”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, París, Sirey, 1934: “en donnant au juge le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour l'application du standard, on risque de tomber dans l'arbitraire, le juge donnerait libre essor à ses tendances personnelles, et appliquerait ses propres doctrines sociale et économiques”. Vid. S. Grundmann y D. Mazeaud, *General Clauses and Standars...*, *op. cit.*

⁶⁴ J. Álvarez y K. Khamsi, *The Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford University Press 2009, p. 426: “given the uncertainties about what precisely is meant by a standard of only 'good faith' review, arbitrators who opt for it without explicit textual warrant are in uncharted waters and might be accused, as by a subsequent ICSID annulment body of exceeding their legal mandate”.

En el arbitraje *Methanex / Estados Unidos* se indica, en su párrafo 54, que “en la opinión del Tribunal, las partes en disputa se deben recíprocamente un deber general frente a la otra parte y frente al tribunal de conducirse de buena fe durante el procedimiento arbitral y de respetar la igualdad de armas entre ellos, los principios de tratamiento igual y lealtad procesal...”⁶⁵.

Se falta contra el deber de arbitrar de buena fe cuando se condiciona la labor de los árbitros, cuando se utilizan pruebas obtenidas ilegalmente, cuando se atenta contra el principio *non venire contra factum proprium*, cuando se abusa de las *antisuit injunctions*, cuando se recusa a los árbitros con una exclusiva finalidad dilatoria o cuando se retrasa el procedimiento por la negativa a pagar los gastos del arbitraje,⁶⁶ los árbitros y las instituciones arbitrales deben cumplir su misión de buena fe protegiendo la integridad del procedimiento arbitral. La dedicación, la diligencia y celeridad en la resolución de los trámites procesales, la buena gestión del procedimiento son obligaciones derivadas en la buena fe de la ejecución de los compromisos arbitrales.

Mucho se habla en las conferencias y congresos dedicados al arbitraje sobre los árbitros o sobre los expertos. Pocas veces se tiene en cuenta las obligaciones profesionales específicas en materia de arbitraje de los abogados. La ética del abogado y sus exigencias deontológicas son las mismas cuando interviene en labores de consulta, en defensa de litigios judiciales o en procedimientos arbitrales. Sin embargo, muchos arbitrajes se plantean a los puros efectos de negociación. Los plazos exigidos de común acuerdo por los letrados de las partes al tribunal son con frecuencia excesivos. Las *discovery battles* son a veces un freno al desarrollo del procedimiento. Se abusa de los peritos y especialmente de los llamados expertos legales. La documentación ingente aportada es con frecuencia superflua. Se piden audiencias excesivamente costosas por el tiempo que se solicitan y que son una verdadera pérdida de tiempo, si se hubiera preparado convenientemente los escritos presentados al tribunal.

VII. A modo de conclusión

El hecho de que en la mayoría de los laudos arbitrales aparezca de una u otra forma el principio de la buena fe es prueba clara de su im

⁶⁵ Laudo arbitral dictado el 9 de agosto de 2005 en aplicación del capítulo 11 de NAFTA y de acuerdo con las normas de Uncitral.

⁶⁶ Vid. J. Bedard, T. Nelson y A. Raymond Kalantirsky, “Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process”, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010-3, pp. 645 ss.

portancia en el arbitraje internacional. El caso *Norsolor* vinculó la concreta condena por el árbitro a los principios generales del Derecho. En no pocas sentencias arbitrales los principios generales del Derecho y, en concreto, el de la buena fe son, no sólo informadores del ordenamiento jurídico, sino base concreta para las pretensiones. En el arbitraje de protección de inversiones la buena fe aparece ya en fase de jurisdicción por entenderse que la aceptación individualizada del inversor presupone buena fe sin la cual no existe ni siquiera el convenio arbitral. El contenido de la buena fe es algo discutido y que depende de la cultura jurídica de la que se proceda. El rechazo anglosajón al principio de la buena fe ha sido en la práctica mitigado por las modificaciones legales introducidas recientemente en el ordenamiento norteamericano o por la labor de ósmosis que se ha realizado en el Derecho inglés como consecuencia de su incorporación a la Unión Europea. La selección de los árbitros constituye uno de los elementos fundamentales para el éxito en la estrategia arbitral. La cultura jurídica y la formación que han recibido los posibles árbitros han de ser tenidas muy en cuenta a la hora de su designación previendo su impacto en el ulterior proceso decisorio. La profesionalidad de los árbitros y su frecuente decisión de acuerdo con ordenamientos jurídicos que le son extranjeros minimizan aunque no excluyen los riesgos de un equivocado nombramiento. La globalización de la economía y el arbitraje de protección de inversiones han difuminado las líneas diferenciadoras del Derecho internacional público respecto del privado, pudiéndose decir en la actualidad que los principios generales del Derecho reconocidos en las naciones civilizadas a los que alude el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia tienen también su eficacia jurídica en materia de comercio o inversiones internacionales. El arbitraje presupone confianza entre las partes y los árbitros o demás actores del tráfico internacional. Se acude a una solución profesional de los litigios porque se supone que las relaciones jurídicas se han realizado de buena fe, se confía en la buena fe de los árbitros y, salvo que expresamente se excluya, se supone que tendrán en cuenta en su decisión, además de otros elementos normativos

RESUMEN: Es difícil encontrar laudos arbitrales dictados en un procedimiento internacional que no hagan referencia a la buena fe. Sin embargo, su caracterización es uno de los temas más difíciles de realizar. La buena fe no es sólo un concepto moral sino que al ser caracterizado como principio general del Derecho tiene unos rasgos jurídicos inconfundibles. En el arbitraje internacional sirve como criterio interpretativo pero también como base de pretensiones. Y es ahí donde radica la dificultad de su aplicación: el derecho francés parte de un concepto religioso transformado con los años en una institución laica; el Derecho alemán configura la buena fe según el imperativo categórico kantiano; por el contrario el

Derecho inglés niega su existencia, afirmando su repugnancia con la libertad contractual; otros ordenamientos jurídicos anglosajones han tenido una evolución diferenciada, como el sistema jurídico norteamericano en el cual la buena fe ha sido el gran descubrimiento moderno de los juristas. El principio general de la buena fe ha servido en el arbitraje internacional como punto de partida para la llamada deslocalización del arbitraje internacional. No cabe duda de que el principio de la buena fe sirve de base para la concesión de pretensiones de parte. Recientemente, en el arbitraje internacional de protección de inversiones la buena fe juega un papel muy importante a la hora de determinar la jurisdicción del tribunal arbitral, eliminando los supuestos en los cuales el inversor haya procedido con malas artes al efectuar su inversión. En estas circunstancias, la pregunta que deben formularse las partes a la hora de elegir un árbitro es la de saber si, por su procedencia cultural, está predeterminando su decisión arbitral dada la visceralidad con que la doctrina discute en uno u otro sistema jurídico la eficacia práctica del principio general de la buena fe.

PALABRAS CLAVE: BUENA FE – PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL DERECHO INTERNACIONAL – ARBITRAJE COMERCIAL – ARBITRAJE DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES – ÁRBITROS DE FORMACIÓN CONTINENTAL Y ANGLOSAJONA – GLOBALIZACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL – PROFESIONALIDAD DE LOS ÁRBITROS.

ABSTRACT: It is not easy to find an arbitral award rendered in an international proceeding which makes no reference to good faith. However, its characterization is of utmost difficulty. Good faith is not only a moral concept, but it also has unique legal features due to its categorization as a general principle of law. In international arbitration it is used both as an interpretative criterion and a basis for claims. And it is in this point where the difficulty of its application relies: French law is grounded in a religious concept which has developed to a secular institution; German law envisages good faith according to the Kantian categorical; English law, on the contrary, denies its existence on grounds of its antagonism with freedom of contract; other Anglo-Saxon legal systems have experienced a different evolution, as is the case of the US legal system, in which good faith has been the great modern discovery of jurists. The general principle of good faith is used in international arbitration as the starting point of the so called delocalization of international arbitration. No doubt that the principle of good faith is the basis for the parties to attain their claims. Recently, in an international arbitration for the protection of investments, good faith has played an important role in the determination of the competence of the arbitral court, by means of eliminating the cases in which the investor has acted with bad arts when performing the investment. In such circumstances, and given the viscerality of the doctrinal discussion on the practical efficacy of the principle of good faith, the question that the parties may take into consideration when electing an arbitrator is whether his or her decision could be predetermined on grounds of his or her cultural background.

KEY WORDS: GOOD FAITH – GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW – COMMERCIAL ARBITRATION – ARBITRATORS WITH A CONTINENTAL OR AN ANGLO – SAXON BACKGROUND – GLOBALIZATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION – INVESTMENTS ARBITRATION – PROFESSIONALISM OF ARBITRATORS.