

# El impacto de la visión transnacional del arbitraje internacional en la interpretación de los contratos comerciales<sup>1</sup>

FRANCO FERRARI

DIRECTOR DEL *CENTER FOR TRANSNATIONAL LITIGATION, ARBITRATION AND COMMERCIAL LAW*, NYU

## I. Observaciones preliminares

El objeto de este artículo está alejado del análisis, en general, de la visión transnacional del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, no puede evitar algunas referencias a esta visión, cuya autoría es a menudo –aunque no exclusivamente– atribuida a Emmanuel Gaillard.

Según las propias palabras de Gaillard, esta visión “se basa en la noción de que la ‘juridicidad’ del arbitraje está enraizada en un orden jurídico distinto, transnacional, y no en ningún orden jurídico nacional”<sup>2</sup>. En esta visión, “es la actividad normativa conjunta de los Estados que están dispuestos a reconocer los laudos que cumplen ciertos criterios, lo que da a cualquier laudo y al acuerdo de arbitraje en el que se basa su validez y legitimidad”<sup>3</sup>. “[E]sta visión reconoce que la validez y legitimidad del arbitraje internacional están enraizadas en el conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales, en contraposición a

---

<sup>1</sup> Este artículo se basa en una conferencia pronunciada por el autor en Sao Paulo en 2023. Se han añadido las notas a pie de página esenciales.

<sup>2</sup> E. Gaillard, ‘The Theories of International Commercial Arbitration’ en A. Bjorklund, S. Kröll, F. Ferrari (eds), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (CUP 2023) 44; E. Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (Brill, 2010) 2; véase también D. Hascher, ‘France’ en *The Review of International Arbitral Awards* (Juris, 2010) 97 (“existe un orden jurídico arbitral, que es distinto del orden jurídico de los Estados individuales [...]. Es este orden jurídico arbitral –y no el orden jurídico nacional– el que confiere juridicidad al arbitraje”).

<sup>3</sup> E. Gaillard, *The Theories of International Commercial Arbitration*, n° 1, p. 44.

uno o incluso varios sistemas jurídicos nacionales individuales”<sup>4</sup>, y “considera que el cuerpo colectivo de normas emitidas por los Estados conforman las reglas comunes de derecho arbitral. Los árbitros, a su vez, derivan su poder adjudicativo de estas normas”<sup>5</sup>.

Como se ha indicado anteriormente, este artículo no abordará la visión de la transnacionalidad de *l'arbitraje* en detalle. Se centrará, en cambio, en las implicaciones potenciales de la visión transnacional en la aplicación de las normas sustantivas aplicables a un contrato determinado, incluida su interpretación, que es el aspecto en el que, aparentemente, se centran los arbitrajes comerciales internacionales con más frecuencia<sup>6</sup>. Al menos, según la aproximación que sostienen quienes defienden la visión transnacional del arbitraje internacional, estas implicaciones son importantes.

Leila Anglade, por ejemplo, califica el arbitraje como “un medio verdaderamente transnacional de resolver litigios comerciales, es decir, un proceso que no se basa en un sistema jurídico concreto”<sup>7</sup>. Michael Bonell confirma esta afirmación, cuando señala que “las transacciones transfronterizas siguen estando sujetas en gran medida a las legislaciones nacionales”<sup>8</sup>. Pero también afirma que estas legislaciones no solo pueden “variar considerablemente en su contenido, sino que a menudo no se adaptan a las necesidades especiales del comercio internacional”<sup>9</sup>. Estas y otras afirmaciones similares llevaron a Berthold Goldmann<sup>10</sup>, a argumentar, hace más de medio siglo, que la aplicación de normas

<sup>4</sup> E. Gaillard, *Transcending National Legal Orders for International Arbitration* en AJ van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: The Coming of a New Age?* (Kluwer 2013) 373; véase también E Gaillard, *International Arbitration as a Transnational System of Justice* en AJ van den Berg (ed), *Arbitration - The Next Fifty Years* (Kluwer 2012) p. 68.

<sup>5</sup> E. Gaillard, *The Theories of International Commercial Arbitration*, n° 1, p. 44.

<sup>6</sup> Rau, A. S., & Sherman, E. F. (1995). Tradition and innovation in international arbitration procedure. *Texas International Law Journal*, 30, p. 101.

<sup>7</sup> Anglade, L. (2003). The use of transnational rules of law in international arbitration. *Irish Jurist*, 38, p. 92.

<sup>8</sup> Bonell, M. J. (2018). The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT principles. *Uniform Law Review*, 23(1), p. 15.

<sup>9</sup> Bonell, M. J. (2018). The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT principles. *Uniform Law Review*, 23(1), p. 16.

<sup>10</sup> Goldman, B. (1964). Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, p. 177.

jurídicas transnacionales al fondo de una controversia serviría mejor a los intereses del arbitraje internacional y de sus usuarios<sup>11</sup>. Anglade sostiene que esto se debe a que las normas transnacionales “conceden más flexibilidad a los operadores internacionales que las leyes nacionales y [reflejan mejor] la naturaleza internacional de sus transacciones”<sup>12</sup>. En su opinión, la promoción de estas normas responde también al “deseo intrínseco de la comunidad empresarial de evitar la complicación de las normas de conflicto [...] de leyes”<sup>13</sup>. Esta opinión coincide con la de Goldman, quien sostuvo que, al aplicar este tipo de normas transnacionales sustantivas, partes y árbitros “eluden los tecnicismos de los sistemas jurídicos nacionales, así como las normas inadecuadas para los contratos internacionales. De este modo evitan las formalidades peculiares, los plazos breves de prescripción y algunas de las dificultades creadas por las leyes nacionales que son desconocidas en otros países, por ejemplo, las reglas del common law de *consideration* y *privity of contract*. Además, los implicados en el procedimiento –partes, abogados y árbitros– alegan y argumentan en pie de igualdad; nadie tiene la ventaja de que el caso se alegue y decida por su propia ley ni la desventaja de que se rija por una ley extranjera”<sup>14</sup>.

En definitiva, los partidarios de la visión transnacional del arbitraje internacional sostienen que la aplicación de normas transnacionales al sustrato de la diferencia es una consecuencia inherente al carácter transnacional del arbitraje internacional. Gaillard fue muy claro al respecto. Sostuvo que “el enfoque transnacional consiste en [...] derivar la solución de fondo de la cuestión jurídica planteada no de una ley particular seleccionada por un proceso tradicional de elección de ley, sino de un análisis de derecho comparado que permita a los árbitros aplicar la norma más ampliamente aceptada, por oposición a una norma que puede ser peculiar de un sistema jurídico o menos ampliamente

---

<sup>11</sup> Véase Anglade (n 6) p. 93.

<sup>12</sup> Anglade (n 6) p. 97.

<sup>13</sup> Anglade (n 6) p. 97; véase también CWO Stoecker, “The Lex Mercatoria: To What Extent Does it Exist?” (1990) *J Intl Arb* 101 (afirmando que “[a]l ser las normas de conflicto de leyes suficientemente complejas en sí mismas (y de nuevo cada Estado tiene sus propias normas de Derecho internacional privado para determinar la ley apropiada de un contrato) este método no ha conseguido proporcionar la simplicidad deseada por la comunidad empresarial”).

<sup>14</sup> Lando, O. (1991). The law applicable to the merits of the dispute. In P. Sarcevic (Ed.), *Essays on international commercial arbitration* (p. 144). Graham & Trotman/Martinus Nijhoff.

reconocida”<sup>15</sup>. Anglade crea un vínculo aún más estrecho entre la visión transnacional del arbitraje y las normas jurídicas transnacionales aplicables al fondo cuando afirma que “la utilización de normas jurídicas transnacionales en el arbitraje internacional, en lugar de un derecho sustantivo nacional, es de hecho la manifestación de un intento de ‘deslocalizar’ sustancialmente los contratos internacionales, con el fin de sustraerlos a una relación demasiado estrecha con un sistema jurídico municipal determinado. Este fenómeno se explica fácilmente por la propia naturaleza del proceso de arbitraje internacional”<sup>16</sup>. Sobre esta base, concluye que las partes y los árbitros deben recurrir a la aplicación de las normas jurídicas transnacionales en aquellos supuestos en los que sea “necesario interpretar un contrato, complementar o corregir la aplicación de una ley nacional”<sup>17</sup>.

## II. Defectos de la visión transnacional del arbitraje internacional

Esta afirmación no es aceptable. Resulta cuestionable afirmar que los ordenamientos jurídicos nacionales necesiten colmar lagunas con el uso de instrumentos externos a ellos mismo. Todos los ordenamientos son exhaustivos y autónomos<sup>18</sup>, y, por lo tanto, no necesitan basarse en principios externos para colmar lagunas internas a ellos mismos. Por otra parte, hay muchos problemas cuando se pretende defender la legitimación de una supuesta facultad de los árbitros para aplicar normas jurídicas transnacionales al fondo de la controversia discutida sobre la única base de que dicha aproximación estaría más alineada con el concepto transnacional del arbitraje o con su propia naturaleza.

---

<sup>15</sup> Gaillard, E. (2001). Transnational law: A legal system or a method of decision making? *Arbitration International*, 17, p. 62–63.

<sup>16</sup> Anglade (n 6) p. 101.

<sup>17</sup> Anglade (n 6) p. 102.

<sup>18</sup> Kelsen, H. (1945). *General theory of law and state* (A. Wedberg, Trans.). Cambridge University Press. p. 147; para una crítica de la afirmación, véase, por ejemplo, E Bulygin, ‘Kelsen on the Completeness and Consistency of Law (2013)’ en E Bulygin (ed), *Essays in Legal Philosophy* (OUP 2015) 337.

El más obvio es que su premisa no es válida. No existe un orden jurídico arbitral distinto y transnacional<sup>19</sup> que exija o legitime a los árbitros para aplicar normas sustantivas transnacionales. En *Coppée-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals*, Lord Mustill sostuvo, con claridad, que con respecto al “ideal teórico que postula que el arbitraje internacional [...] es un sistema jurídico autónomo, por su propia naturaleza separado de los sistemas nacionales de derecho, y de hecho antitético a ellos”<sup>20</sup>, hay “dudas de si en su sentido más puro la doctrina cuenta ahora con un amplio apoyo”<sup>21</sup>. Esta afirmación es tan cierta hoy como lo era entonces, cuando la hizo Lord Mustill.

Pero indicar esta precisión no implica suscribir la teoría “monolocalista” del arbitraje internacional<sup>22</sup>, la que defiende que todo “arbitraje [...] vive o muere según la ley del lugar del arbitraje”<sup>23</sup>. Esta teoría deriva de la opinión expresada por Francis A. Mann en su artículo de 1967 titulado “Lex Facit Arbitrum”<sup>24</sup>, donde afirmaba que “[e]n el sentido jurídico no existe ningún arbitraje comercial internacional [...], todo arbitraje es un arbitraje nacional, es decir, sujeto a un sistema específico de derecho nacional”<sup>25</sup>. Según Mann, “[n]adie ha podido señalar nunca ni en ninguna parte ninguna disposición o principio jurídico que permita a los particulares actuar fuera de los confines de un sistema de derecho municipal; incluso la idea de la autonomía de las partes solo existe en virtud de

---

<sup>19</sup> Véase F Ferrari, ‘Lex facit arbitrum 2.0’ (2022) *Dir comm int* 915; pero véase D Hascher, ‘France’ en *The Review of International Arbitral Awards* (Juris 2010) 97 (“existe un orden jurídico arbitral, que es distinto del orden jurídico de los Estados individuales [...]. Es este orden jurídico arbitral -y no el orden jurídico nacional- el que confiere jurisdicción al arbitraje”); J Paulsson, *The Idea of Arbitration* (OUP 2013) 30 (“el arbitraje es el producto de *un orden jurídico autónomo aceptado como tal por árbitros y jueces*”).

<sup>20</sup> *SA Coppée Lavalin & Voest-Alpine v Ken-Ren Chemicals* [1994] 2 All ER 449, 458; véase también *Bank Mellat v Helliniki Techniki SA* [1984] 1 QB 291, 301 (“A pesar de las sugerencias en sentido contrario de algunos eruditos escritores de otros sistemas, nuestra jurisprudencia no reconoce el concepto de procedimiento arbitral flotando en el firmamento transnacional, ajeno a cualquier sistema jurídico municipal”).

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, M Barry, ‘The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts’ (2005) p. 32 *J Intl Arb* 294; D Bentolila, *Arbitrators as Lawmakers* (Kluwer 2017) p. 8-9; Gaillard, ‘Transcending National Legal Orders’ (n 3) p. 372.

<sup>23</sup> Paulsson (n 8) p. 30.

<sup>24</sup> Véase FA Mann, ‘Lex Facit Arbitrum’ en P Sanders (ed), *International arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (Nijhoff 1967) p. 157, reimpresso como ‘The UNCITRAL Model Law -- Lex Facit Arbitrum’ (1986) 2 *Arb Intl* 241.

<sup>25</sup> Mann (n 23) p. 244.

un determinado sistema de derecho municipal y en sistemas diferentes puede tener características y efectos diferentes. Del mismo modo, todo arbitraje está necesariamente sometido a la ley de un Estado determinado. Ninguna persona privada tiene el derecho o el poder de actuar fuera del plano del derecho municipal. Todo derecho o poder de que goce una persona privada es inexorablemente conferido por o derivado de un sistema de derecho municipal”<sup>26</sup>. Según Mann, esta ley “no puede ser la ley de otro país que no sea el de la sede del tribunal de arbitraje”<sup>27</sup>. Si bien, como observó George Bermann, la ley de la sede sigue siendo la que “proporciona principalmente al arbitraje sus normas reguladoras, en forma de reglas básicas conforme a las cuales la actividad arbitral puede desarrollarse válidamente en la sede del arbitraje”<sup>28</sup>, permitiendo así que la ley de la sede conserve su importancia “central”<sup>29</sup>, no es pero la única ley aplicable en un arbitraje internacional<sup>30</sup>.

En otras palabras, como ha demostrado el autor en otro lugar,<sup>31</sup> la ley de la sede del arbitraje no es necesariamente la única ley aplicable en el curso de un arbitraje concreto<sup>32</sup>, ya que está limitada tanto de un punto de vista sustantivo

<sup>26</sup> Mann (n 23) p. 245.

<sup>27</sup> Mann (n 23) p. 245.

<sup>28</sup> G Bermann, “International Arbitration and Private International Law” (2017) p. 381 Rec cours 190; véase también Bentolila (n 21) p. 8 (“La ley de la sede del arbitraje sigue siendo aplicable a los arbitrajes internacionales que tienen lugar en su territorio y permite a los tribunales de la sede anular los laudos arbitrales dictados en su territorio”).

<sup>29</sup> Bermann (n 27) p. 194; F De Ly, ‘The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning’ (1991) p. 12 Nw J Intl L & Bus 53; N Sathyarthi, ‘Choice of Seat and Its Significance’ (2023) 6 Intl J L Managem & Hum 340.

<sup>30</sup> F Ferrari, ‘L’importance du siège de l’arbitrage’ (2024) Rev dr int dr comp 232; J-M Jacquet, ‘La lex arbitri dans l’arbitrage commercial international: mythe où réalité?’ en Unité et diversité du droit international: écrits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy (Brill 2014) p. 671 (“La *lex arbitrii* est la loi relative à l’arbitrage qui est en vigueur dans le pays du siège du tribunal arbitral. Pour exacte qu’elle soit dans un nombre de cas très majoritaire, cette affirmation mérite d’être précisée et nuancée. En efecto, si la sede del tribunal arbitral desempeña efectivamente un papel eminente, éste no es, sin embargo, exclusivo”).

<sup>31</sup> Para las siguientes observaciones, véase también F Ferrari, ‘Plures leges faciunt arbitrum’ (2021) p. 37 Arb Intl 579, 584 y ss.

<sup>32</sup> A von Mehren, ‘Limitations on Party Choice of Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?’ en The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies (1986) p. 19-20 (“en el caso del arbitraje comercial internacional, [la soberanía reguladora] es difusa o distribuida”).

como territorial. Por ese motivo, dependiendo de la naturaleza de los asuntos a tratar –además de cuándo y por quién– puede resultar aplicable la ley de los ordenamientos jurídicos de otros Estados distintos al de la sede. Todas las cuestiones que puedan suscitarse en un arbitraje están “sujetas a un sistema específico de derecho nacional”, ya sea el de la sede del arbitraje u otro. Por tanto, la “jurisdicción” del arbitraje radica en el derecho nacional<sup>33</sup>. Es decir, es el derecho nacional “de donde procede la fuente del poder [de los árbitros] y la naturaleza jurídica del proceso y de la decisión resultante”<sup>34</sup>. En otras palabras, “[e]l derecho nacional [...] confiere al arbitraje su carácter jurídicamente vinculante”<sup>35</sup>.

Ello no significa que todas las cuestiones se rijan necesariamente por una única ley nacional, como la de la sede; varias leyes pueden ser –y generalmente lo son– aplicables a un mismo arbitraje. En otras palabras, *plures leges faciunt arbitrum*<sup>36</sup>. No obstante, el punto de partida será siempre la ley de la sede.

### III. Transnacionalismo y normas interpretativas

Las reflexiones precedentes son igualmente aplicables a la determinación de las normas aplicables al fondo. Así, para determinar las normas sustantivas aplicables, debe comprobarse, en primer lugar, si el ordenamiento jurídico de la sede contiene normas de derecho internacional privado autónomas, es decir, creadas específicamente para el propósito del arbitraje<sup>37</sup>. En otras palabras,

<sup>33</sup> Para esta conclusión, véase Ferrari, ‘L’importance du siege de l’arbitrage’, n 29, p. 233; Ferrari, *Lex facit arbitrum 2.0*, n° 18, p. 7.

<sup>34</sup> E. Gaillard, *The Legal Theory of International Arbitration* (n 1) p. 2.

<sup>35</sup> WW W Park, ‘Judicial Controls in the Arbitral Process’ (1989) 5 Arb Int’l 236; véase también L Radicati di Brozolo, ‘The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman’s ‘Architecture of International Commercial Arbitration’, in AJ Van den Berg (ed), *Arbitration: The Next Fifty Years* (Kluwer Law International 2012) 75 (“El arbitraje no puede existir ni funcionar como mecanismo legal para la resolución de disputas, nacionales e internacionales, a menos que sea tolerado y apoyado por los Estados”).

<sup>36</sup> Ferrari, F. (2022). Plures leges, sed leges faciunt arbitrum. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 14(1), 11–33. <https://doi.org/10.31921/ArbitrajeRACI.n14.1a2258>

<sup>37</sup> Radicati di Brozolo, L. (2018). Applying the rules governing the merits in international arbitration. In F. Ferrari & F. Rosenfeld (Eds.), *Inherent powers of arbitrators* (p. 242). Juris.

debe comprobarse si esta provisto de “disposiciones especiales de derecho internacional privado [...] creadas para aplicarse en el contexto del arbitraje, que [...] son autónomas respecto de las normas de conflicto tradicionales en la medida en que se crean específicamente para los tribunales arbitrales y suelen funcionar independientemente de las disposiciones de conflicto que se aplican en los procedimientos judiciales estatales”<sup>38</sup>. Una vez identificadas, el tribunal debe determinar y descartar su eventual carácter imperativo. Sin embargo, si son imperativas, como lo son en algunos países con respecto a los contratos para la explotación de los recursos naturales de esos países, los árbitros deben necesariamente aplicarlas y considerarlas en su decisión. De no ser así, en opinión de este autor, el laudo podría incurrir en causa de anulación<sup>39</sup>.

Por lo general, las normas de derecho internacional privado del arbitraje son de naturaleza meramente dispositiva. En general, son normas que las partes pueden sustituir, por ejemplo, por la elección de conjuntos de normas preexistentes, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o los reglamentos de las instituciones arbitrales, que contienen normas de derecho internacional privado.

Si las partes optan por la aplicación de estos conjuntos de normas en su controversia, los árbitros deberán atenerse a sus disposiciones y aplicar la norma de conflicto allí recogida. El artículo 35 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI 2021 o el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje CCI 2021 son algunos de los ejemplos disponibles en la práctica. Estas normas determinarán la ley aplicable. Estas normas también legitimarán, si se da el caso, a los árbitros aplicar, asimismo, normas jurídicas transnacionales en lugar de las normas de un ordenamiento jurídico nacional concreto. Pero sería erróneo sugerir que los árbitros

---

<sup>38</sup> Para este enfoque, véase también F Ferrari y F Rosenfeld, ‘Applicable Law in Commercial Arbitration’ en Bjorklund, Kröll, Ferrari (n 1) 482.

<sup>39</sup> Ver G Born, *International Arbitration: Law and Practice* (3a edn, Kluwer 2021) 311, donde se afirma que “[e]n virtud de la Convención y de muchos estatutos de arbitraje existen motivos para el no reconocimiento de los laudos arbitrales que podrían invocarse para permitir a un tribunal nacional rechazar la elección por un árbitro del derecho sustantivo aplicable. En particular, los laudos que violen el orden público aplicable al negarse a aplicar una ley imperativa podrían ser objeto de no reconocimiento en virtud del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York o de anulación en virtud del artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI, mientras que los laudos que apliquen erróneamente las normas de conflicto aplicables podrían ser anulados en la sede donde exista alguna forma de revisión del fondo (como se expone más adelante). En la práctica, sin embargo, la elección por los árbitros del derecho sustantivo aplicable al litigio de las partes prácticamente nunca se invoca como motivo para anular o denegar el reconocimiento de un laudo”.

disponen siempre de esta facultad discrecional de aplicar estas normas, con el argumento de que esto es de alguna manera más coherente y más propicio para un orden jurídico arbitral transnacional<sup>40</sup>. Esa discrecionalidad de los árbitros deriva, por el contrario, de la norma de conflicto específica aplicable. El reconocimiento de este hecho contribuirá a mermar las posibilidades de que un laudo sea susceptible de anulación, de no reconocimiento o de no ejecución.

A modo de ejemplo, no se permite a los árbitros anular una elección expresa de ley hecha por las partes aplicando una ley completamente diferente (salvo en circunstancias muy limitadas). Sabemos por la jurisprudencia que en los casos en que los árbitros han actuado de esta forma sus laudos han sido anulados<sup>41</sup> por diversos motivos, que comprenden desde la violación del orden público, o la violación del procedimiento arbitral acordado por las partes hasta el abuso de poder, dependiendo del régimen nacional de anulación concretamente aplicable<sup>42</sup>. ¿Por qué habría de ser diferente si los árbitros ignoraran la ley elegida por las partes para aplicar en su lugar normas transnacionales? Seguramente no debería ser diferente.

En ausencia de una elección de las normas aplicables por las partes, muchas normas de conflictos autónomas, aplicables al arbitraje<sup>43</sup> legitiman a los árbitros para aplicar cualquier “norma jurídica” (en lugar de una ley nacional concreta) que consideren apropiada<sup>44</sup>. En opinión de este autor, no cabe duda de que este enfoque, denominado *voie directe*, otorga a los árbitros la discrecionalidad de aplicar también normas transnacionales si las consideran

---

<sup>40</sup> Ferrari, ‘Plures leges faciunt arbitrum’ (n 30) 596; véase también L Radicati di Brozolo, ‘The Impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends’ (2011) Paris J Intl Arb 664 (refiriéndose al “mito de la completa libertad del arbitraje respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales”).

<sup>41</sup> Véase F Ferrari y L Silberman, ‘Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong’ en F Ferrari y S Kröll (eds), Conflict of Laws in International Arbitration (2ª edn, Juris 2019) 426 y ss (analiza los posibles remedios a los errores de conflicto de leyes por parte de los tribunales arbitrales).

<sup>42</sup> Véase, con referencias a la jurisprudencia, Ferrari y Silberman (n 40) 431 y ss.

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo por ejemplo, Art 34(1) del Reglamento de Arbitraje Internacional AAA/ICDR (2021); Art 30(1) del Reglamento de Arbitraje DIAC (2022); Art 22.3 del Reglamento LCIA (2020); Art 24(2) del Reglamento de Arbitraje DIS (2018); Art 27(1) del Reglamento SCC (2023); Art 35(1) del Reglamento SIAC (2025); Art 27(2) del Reglamento VIAC de Arbitraje y Mediación (2021).

<sup>44</sup> Véase Ferrari y Rosenfeld (n 37) 494 y ss.

apropiadas. Esta discrecionalidad es una consecuencia de la norma de conflicto aplicable. Pero no está basada en la asunción de que la aplicación de normas transnacionales refleje mejor la naturaleza transnacional del arbitraje. Es importante comprender esta precisión. Significa, por ejemplo, que en ausencia de una norma de conflicto que otorgue a los tribunales arbitrales la discrecionalidad antes mencionada para aplicar “normas jurídicas”, incluidas las normas transnacionales, los árbitros deberán aplicar los cánones interpretativos de la ley nacional aplicable, con toda su idiosincrasia nacional, sin que esta actuar les legitima para “corregir” el resultado con normas transnacionales, como sugiere Anglade<sup>45</sup>, o, peor aún, ignorar completamente las normas nacionales de interpretación.

Lo mismo ocurre si la norma de conflicto de leyes específica del arbitraje se basa en la *voie indirecte*. A diferencia de su homóloga *voie directe*, no permite a los árbitros determinar directamente la ley aplicable al fondo. Requiere la resolución preliminar de un *conflit au deuxième degré*<sup>46</sup> para determinar la norma de conflicto de leyes que debe aplicarse en el caso concreto.<sup>47</sup> Puede ocurrir que a consecuencia de ese examen deba aplicarse una ley nacional específica. Esta situación es frecuente, porque casi todas las normas de conflicto de leyes aplicables por los tribunales estatales identifican una ley nacional como ley aplicable. Los árbitros estarán vinculados por sus disposiciones, incluidos sus cánones interpretativos, salvo acuerdo en contrario de las partes, por ejemplo, declarando expresamente que su contrato debe interpretarse de buena fe (aunque la ley nacional aplicable no lo prevea). No habrá lugar para la aplicación, correctiva o de otro tipo, de normas transnacionales, sin embargo, parece que los árbitros tienen una opinión diferente.

Un estudio de 2015 de Joshua Karton<sup>48</sup> muestra como habitual la interpretación de los contratos por los árbitros omitiendo toda referencia a los cánones interpretativos de la ley aplicable. De hecho, “[m]uchos árbitros interpretan [...] sin tener en cuenta el método interpretativo prescrito por la ley aplicable<sup>49</sup> –una práctica

<sup>45</sup> Anglade (n 6) p. 102.

<sup>46</sup> Véase C Croff, ‘The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?’ (1982) *Intl Law* 629; P Lalive, ‘Les règles du conflit de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse’ (1976) *Rev arb* 155.

<sup>47</sup> Danilowicz, V. (1986). The choice of applicable law in international arbitration. *Hastings International and Comparative Law Review*, 9, 258.

<sup>48</sup> Karton, J. (2015). The arbitral role in contractual interpretation. *Journal of International Dispute Settlement*, 6(1), 4.

<sup>49</sup> Karton (n 47) p. 5.

que parece respaldar la Cámara de Comercio Internacional<sup>50</sup>. Esta práctica es problemática, ya que vulnera la expectativa de las partes contratantes en el momento de la celebración del contrato. Al menos, en aquellos casos en los que las partes hubiesen elegido la ley aplicable y esperasen que su diferencia se resolviera sobre la base de esa ley sustantiva elegida. En otras palabras, “las partes comerciales se beneficiarían de un enfoque “legalista” de la interpretación, es decir, que se atenga a la ley aplicable y, por lo tanto, sea previsible”<sup>51</sup>. A menos que se aplique este enfoque, las partes contratantes no podrán saber a qué cánones específicos de interpretación recurrirán los árbitros en última instancia. Por el contrario, parecen inventar sus propios cánones de interpretación, independientemente de los cánones interpretativos específicos de la ley aplicable en un caso concreto.

Desgraciadamente, las conclusiones de Karton corroboran esta afirmación. Observó que cuando la ley aplicable no se ajustaba al “método preferido” de interpretación de los árbitros, el tribunal “se apartaba de la ley”<sup>52</sup> o “la interpretaba creativamente para hacerla encajar”<sup>53</sup>. Sus conclusiones estaban corroboradas por los patrones de los laudos publicados y las respuestas de los árbitros a los que había entrevistado. Mostraban que el “método interpretativo preferido era la interpretación subjetiva apoyada por una consideración liberal de las pruebas extrínsecas, pero dando prioridad al significado llano de los términos claramente redactados”<sup>54</sup>.

Esto significa que “[m]uchos árbitros interpretan según su sentido de la ‘verdadera intención’ de las partes (que a menudo se parece sospechosamente al sentido comercialmente razonable del contrato de los árbitros), sin tener en cuenta el método interpretativo prescrito por la ley aplicable”<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Véase Cámara de Comercio Internacional, ‘Introductory Note’ (2014) 25 ICC Bull 39, donde la CCI prefirió la publicación de laudos relativos a la interpretación de contratos afirmando que “[l]os árbitros no están sujetos a los sistemas jurídicos nacionales. Gozan de mayor libertad que los tribunales estatales cuando se dedican a la interpretación contractual.”

<sup>51</sup> Karton (n 47) p. 6; vale la pena señalar que un comentarista afirmó correctamente, en relación con la interpretación de los contratos, que “la adhesión a la previsibilidad no es absoluta y puede ser modificada por varias excepciones dependiendo de la jurisdicción”, Y Chernykh, *Contract Interpretation in Investment Treaty Arbitration* (Brill 2022) 108.

<sup>52</sup> Karton (n 47) p. 10.

<sup>53</sup> Karton (n 47) p. 10.

<sup>54</sup> Karton (n 47) p. 10.

<sup>55</sup> Karton (n 47) p. 5.

Sin embargo, este proceder no es del todo coherente con los cánones interpretativos contemplados por muchas legislaciones nacionales, incluida, por poner solo un ejemplo relevador, la legislación inglesa. En un documento de 2015 centrado en los cánones interpretativos del Derecho inglés, Lucy Greenwood lo señaló explícitamente cuando escribió que “[c]iertamente, la primera parte de este enfoque no es necesariamente del todo coherente con los principios establecidos de interpretación contractual en el Derecho inglés<sup>56</sup>.

De aquí se puede inferir que el enfoque identificado por Karton como utilizado por muchos árbitros ignora la consideración de las numerosas diferencias existentes entre los métodos y cánones interpretativos de los distintos sistemas jurídicos. Los efectos de esta carencia quedan resaltados por el asunto *Dallah contra Pakistán*. El tribunal sostuvo que “los principios de interpretación contractual del derecho saudí [aplicados en última instancia por el tribunal] no eran sustancialmente diferentes de los del derecho pakistaní, el *common law* o los sistemas europeos continentales”<sup>57</sup>. Es una afirmación errónea. Existen muchas diferencias entre los cánones de interpretación contenidos en las leyes de esos ordenamientos jurídicos. Y, pese a las afirmaciones en contrario, estas diferencias son relevantes e incluso determinantes para influir en el sentido de la decisión final en arbitrajes concretos<sup>58</sup>. Los árbitros no deben ignorarlas y excluir, sin más, la ley aplicable en favor de confiar, simplemente, en los que Karton ha identificado como “sus juicios intuitivos sobre qué resultados son comercialmente justos o razonables”<sup>59</sup>.

La intuición de los árbitros no debe tener más peso que la ley o las normas jurídicas aplicables.

---

<sup>56</sup> L. Greenwood, ‘Principles of Interpretation of Contracts Under English Law and Their Application in International Arbitration’ (2018) 34 Arb Intl 24.

<sup>57</sup> Segundo Laudo Parcial, [40]--[41], citado en Karton (n 47) 25, en referencia a A Malek y C Harris, ‘A Pilgrimage to Paris: Dallah v Pakistan’ (2010) 2(4) Intl J Arab Arb 33.

<sup>58</sup> Véase, por ejemplo, Karton (n 47) p. 5.

<sup>59</sup> Karton (n 47) p. 17.