

iuris dictio

José Antonio Moreno Rodríguez Biografía

LL.M. Harvard, 1993. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro de un Comité de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Miembro del Consejo de Gobierno del UNIDROIT y Presidente del Grupo de Trabajo de Contratos Agrícolas en dicho organismo. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado en relación a los Principios de la Haya sobre Contratos Internacionales. Profesor en varias universidades, entre ellas, Heidelberg y Paris II. www.jmoreno.info.

Sumario

La efectividad del arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias

En las últimas décadas, el arbitraje comercial internacional se ha consolidado como un mecanismo generalizado de solución de controversias para resolver los conflictos comerciales transfronterizos en todo el mundo. Su prestigio actual puede ser rastreado principalmente en la era de los años setenta. La pregunta de hoy es, sin embargo, si ciertos vicios pueden poner en peligro su posición ... o si un escenario cambiante conducirá a su retirada.

Abstract

The effectiveness of international commercial arbitration as a dispute settlement mechanism

In the recent decades, international commercial arbitration has consolidated as a widespread dispute resolution mechanism for solving trans-border business conflicts around the world. Its current prestige can be traced mainly to the good old days of the era in the seventies. Today's question is, however, if certain vices can jeopardize its standing... or if a changing scenario will lead to its retreat.

>> **La efectividad del arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias**¹ <<

por José Antonio Moreno Rodríguez²

1. Introducción

En los años setenta, los abogados representaban héroes en películas y series de televisión,

como por ejemplo Petrocelli. En contraste, en los noventa, películas como "The Firm" o "The Devil's Advocate" tuvieron, al igual que antes, el típico final feliz de Hollywood,

1 Traducción de José Antonio Moreno Bendlin. Esta contribución se basa en la exposición oral hecha por su autor en el Congreso Temático sobre la efectividad del Derecho y de sus mecanismos de ejecución, celebrado en Montevideo, Uruguay, en las fechas 17 y 18 de noviembre del 2016, organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado.

2 LL.M. Harvard, 1993. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro de un Comité de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Miembro del Consejo de Gobierno del UNIDROIT y Presidente del Grupo de Trabajo de Contratos Agrícolas en dicho organismo. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro

aunque ya no glorificando a los abogados.

En décadas recientes, el arbitraje comercial internacional se ha consolidado como un efectivo mecanismo de solución de controversias para resolver conflictos comerciales transfronterizos alrededor del mundo. Su consolidación viene de los buenos tiempos coincidentes con la era de Petrocelli. El interrogante del presente es, sin embargo, si un escenario cambiante puede arriesgar el sitio alcanzado y encaminarlo hacia un final no tan feliz.

Esta contribución se concentra en los rasgos fundamentales que históricamente han hecho al arbitraje muy efectivo y en acontecimientos que van en otra dirección. En particular, se pondrá énfasis en los desafíos de no perder de vista al espíritu cosmopolita que debe guiar a las partes y a los árbitros, en vista de desarrollos recientes.

2. Un poco de historia

Las nuevas generaciones sufren —con todas las letras— el influjo

del legado del estatismo legalista consolidado en el siglo XIX. Por varios años, esta idea arrinconó al arbitraje comercial, que solo ha renacido hace unas pocas décadas. Sin embargo, sigue extendida una concepción de que el Estado tiene el monopolio de la creación de normas jurídicas vía legislación o decisiones judiciales, y que los métodos mecánicos de su interpretación quedan reservados únicamente a expertos en Derecho.

Debe considerarse que la tradición jurídica de occidente ha sido influenciada por los antiguos romanos, cuyo Derecho no se originaba en el Estado, como fue luego concebido, y tampoco fueron comúnmente los juzgadores “expertos” en Derecho. De hecho, en Roma, la autoridad pública (el Pretor Cónsul) delegaba sus funciones jurisdiccionales a ciudadanos llamados *arbiter* o *iudex*³. Estos eran normalmente personajes honorables con sentido común, quienes no necesitaban tener un conocimiento profundo del Derecho, ya que actuaban en contacto cercano con juristas, a quienes solicitaban sus opiniones⁴.

del Grupo de Trabajo de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado en relación a los Principios de la Haya sobre Contratos Internacionales. Anterior Presidente de la Asociación Americana sobre Derecho Internacional Privado. Profesor en varias universidades, entre ellas, Heidelberg y Paris II. www.jmoreno.info.

3 Arangio-Ruiz, Vincenzo (1937) *Historia del Derecho Romano*, 1994, pp. 87-88.

4 Esto fue inclusive institucionalizado, cuando en la Roma Imperial el Emperador otorgó a un determinado grupo de expertos el *ius respondendi ex auctoritate principis*. Entre estos juristas,

Una similar delegación de funciones ocurrió en la Edad Media, en la que los comerciantes sometían frecuentemente sus disputas a consideración de sus propios pares, es decir, otros comerciantes, o personas honorables —no jueces— que actuaban como árbitros. Los mercaderes, organizados en ferias y corporaciones, contaban con sus propios estatutos. A su vez, reyes, señores feudales y otras autoridades les autorizaban a organizar su propia justicia. Como consecuencia, fueron creados numerosos tribunales, frecuentemente considerados arbitrales, debido a la libertad otorgada a las partes para que decidieran sus juzgadores y a la expectativa que estos apliquen reglas no limitadas a las costumbres locales⁵.

La posterior consolidación de las Naciones-Estados y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, además de otros factores, contribuyeron al aislamiento del arbitraje. Es cierto que en Francia, por ejemplo, la Asamblea

Constituyente, en el año 1790, calificó al arbitraje como “el método más razonable para resolver disputas entre ciudadanos”. Sin embargo, en un fallo emblemático dictado en el año 1843 en Francia, las cláusulas arbitrales fueron declaradas inválidas, a no ser que se presentaran circunstancias excepcionales que justificaran su existencia. La Corte de Casación Francesa expresó entonces que si las cláusulas arbitrales fueran válidas, existiría el riesgo de que fueran adoptadas ampliamente y que los individuos se vieran privados de garantías básicas reconocidas por tribunales estatales. Esta posición permaneció inalterada hasta la reforma legislativa del Código de Comercio del año 1925, el cual reconoció nuevamente la posibilidad de acudir al arbitraje⁶.

El mismo temor existía en el *common law*. Por un largo tiempo, la paga de los jueces ingleses dependía casi exclusivamente de tarifas que eran cobradas por casos particulares en donde ellos intervenían. Los

se pueden encontrar nombres históricos como Papiniano, Ulpiano, Modestino, y otros. Schulz, Fritz (1951) *Derecho Romano Clásico*, 1960, p. 13.

5 A pesar de que —de acuerdo a Rene David— esto debe considerarse una nueva forma de administración de justicia de las autoridades públicas en lugar de, propiamente, arbitraje. Algo similar puede decirse sobre el arbitraje en el Derecho Romano. En esos tiempos, el arbitraje podía ser convenido mediante el *stipulatio*, estableciéndose una sanción (cláusula penal) para el caso de que la otra parte no haya cumplido con lo decidido. El arbitraje también podía ser convenido en un contrato “consensual”, pero, en dicho caso, lo que se había decidido por un árbitro podía recurrirse ante un juez si era manifiestamente injusto o contrario a la buena fe (David, Rene (1985) *Arbitration in International*, p. 13).

6 Várady, T.; Barceló III, J. y Von Mehren, J. (1999) *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, 2009, pp. 58-60.

salarios fijos eran inexistentes⁷. Evidentemente, la situación contribuyó a la hostilidad hacia el arbitraje en el país; en los Estados Unidos, el giro en favor del arbitraje se inició con el *Arbitration Act* del año 1925 y se consolidó en 1932 cuando la Corte Suprema de Justicia resolvió que, ante la clara intención del Congreso, existía una obligación de revertir la vieja hostilidad judicial hacia el arbitraje⁸.

En el mismo sentido, Estados con un alto impacto en el volumen del comercio internacional han reformado recientemente sus legislaciones para favorecer al arbitraje. Desde la última década del siglo XX, esta ha sido la constante en Estados latinoamericanos. Actualmente, el arbitraje se ha consolidado en numerosas regiones del mundo, se le utiliza masivamente en importantes transacciones comerciales internacionales, involucrando, por ejemplo, a

aquellas relacionadas al petróleo y recursos naturales, venta de bienes, *joint ventures* o contratos de construcción⁹.

Textos normativos trascendentes han impulsado la notable expansión del arbitraje. A la vanguardia se encuentra la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Este instrumento ha sido referido como “la instancia de legislación internacional más efectiva en la historia del Derecho Comercial”¹⁰. A hoy día, más de ciento cincuenta países la han ratificado¹¹, viabilizando un mecanismo de ejecución muy efectivo para laudos dictados en arbitrajes comerciales internacionales. Además, en numerosos países alrededor del mundo, ha sido de suma importancia la masiva adopción de legislaciones inspiradas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

7 Várady, T.; Barceló III, J. y Von Mehren, J. (1999), ob. cit., (nota 6), p. 65.

8 Ante la clara intención del Congreso, la Corte entendió que era su obligación remover la vieja hostilidad hacia el arbitraje (*Marine Transit Corporation v. Dreyfus* (1932). Mosk, Richard (2005) “Comments on Enforceability of Awards”, en *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, p. 328.

9 Price Waterhouse Coopers y la Queen Mary University de Londres condujeron una encuesta en el año 2013, con los siguientes resultados: 52% de las empresas encuestadas prefirieron al arbitraje como medio de resolución de conflictos. Este porcentaje es aún más alto en sectores como de la construcción y energía, donde 68% y 56% prefieren al arbitraje sobre otros medios de resolución de conflicto. Ver <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/index.html> (Último acceso: 27 de noviembre de 2016).

10 Esta frecuentemente citada cita puede encontrarse en: Mustill, Michael (1989) “Arbitration: History and Background”, *Journal of International Arbitration*, p. 43.

11 http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Último acceso: 27 de noviembre de 2016).

Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés)¹², así como en otras regulaciones amigables al arbitraje. Estos textos jurídicos reconocen, dentro del alcance de disputas comerciales privadas, la opción de acudir a juzgadores no estatales que tienen el poder de decidir y poner fin a un conflicto, con limitadas posibilidades de que se puedan cuestionar sus decisiones ante tribunales estatales, salvo casos en que el debido proceso o el orden público hayan sido claramente afectados.

3. ¿Tribunales estatales o arbitraje comercial?

En transacciones internacionales, los contratantes tienen comúnmente la alternativa de someter sus conflictos a tribunales “estatales” o al arbitraje “internacional”. En el primer caso se presenta el riesgo de tener que litigar en otro país con juzgadores que probablemente manejarán criterios nacionales, ignorando los problemas del comercio transfronterizo. Por lo tanto, someter la resolución de un conflicto a un juez de nacionalidad de una de las partes representa un importante riesgo para la parte extranjera. Como dijo céle-

brememente Humphrey O’ Sullivan en el año 1831: “De poco sirve litigar ante el diablo si la contienda se tramitará en el mismo infierno”¹³.

Además, la parte extranjera deberá recurrir a abogados de esa jurisdicción, muchas veces desconociéndolos o no siendo de su confianza. Más aún, el proceso podría conducirse en una lengua que puede no ser la misma a la del contrato, con la complicación consecuente de que el documento base del caso deberá ser traducido, lo que de nuevo conlleva mayores costos y atrasos, sin contar los probables malentendidos que pueden surgir¹⁴.

En contraste, el arbitraje provee un medio efectivo de resolución de conflictos internacionales sin varias de estas complicaciones, en muchas ocasiones en lugares y ante árbitros neutrales, competentes en cuestiones técnicas del comercio internacional y usualmente con la aptitud de conducir arbitrajes en distintos idiomas. El Derecho aplicable en los arbitrajes es frecuentemente “neutral”, con una tendencia a evitar las arcaicas fórmulas de conflicto de leyes y, en su lugar, recurrir a solucio-

12 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (Último acceso: 27 de noviembre de 2016).

13 Park, William (2006) “Diary of Humphrey O’Sullivan, 6 January 1831”, en *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, p. 423.

14 Blackaby, N.; Partasides, C.; Redfern, A. y Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 27.

nes universales o transnacionales¹⁵. Sin lugar a dudas, un juzgador familiarizado con el Derecho Comparado estará, consciente o inconscientemente, influenciado por el mismo. Los árbitros son seres humanos y como tales, no pueden desasociarse de sus propios marcos de referencia y de las influencias sociales que los rodean.

Innegablemente, el arbitraje internacional tiene aspectos que lo distinguen del litigio ante jueces nacionales. En general, quienes eligen al arbitraje lo hacen para evitar una solución "legalista" a sus problemas comerciales, ya que, por un lado, los comerciantes suelen sentir que los tribunales estatales no comprenden las realidades del intercambio comercial, y, por otro, esperan que los árbitros, cuya misión deriva del acuerdo entre las partes, prioricen las reglas que los propios contratantes han elegido para regular su relación, es decir, los términos del contrato y los usos y prácticas que normalmente operan como marco.

El árbitro no es considerado un delegado del juzgador estatal

que debe remitirse a las peculiaridades locales en su aplicación del Derecho y, en cambio, se encuentra designado directamente por las partes. La decisión del árbitro puede hacerse efectiva sin intervención judicial, aún afuera de las fronteras del lugar en donde fue dictada. El carácter ambulatorio del arbitraje hace que las partes puedan evitar Estados hostiles y, en su lugar, conducir el procedimiento en lugares donde puedan controlar aspectos importantes del conflicto, tanto en materia procesal como de fondo en relación al Derecho Aplicable. En cuestiones de fondo, las partes pueden escribir sus propias reglas y requerir la aplicación de normas y principios no estatales¹⁶, de tal modo que se liberarán de reglas inadecuadas para el comercio internacional, teniendo en cambio a disposición un mecanismo de resolución con criterios transnacionales¹⁷.

Como bien lo dijo por Opettit, en el arbitraje se registra el fenómeno de la "aculturación jurídica": los árbitros se ven obligados a ejecutar su mandato de manera análoga con

15 Esta tendencia de aplicar leyes transnacionales en el arbitraje es particularmente fuerte en áreas donde las leyes nacionales se desarrollan en distintos ritmos, como frustración, inviolidez e intereses (Smit, Hans (1990) "Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis", *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, 1998, p. 109.

16 Von Mehren, Arthur Taylor (1992) "International Commercial Arbitration and Conflict of Laws", en: *The American Review: Essays in Honor of Hans Smit, The American Review of Arbitration*, p. 62.

17 Juenger, Friedrich (1997) "Contract Choice of Law in the Americas", en: *The American Journal of Comparative Law*, p. 202.

la simbiosis registrada en la Edad Media, donde al Derecho Romano y al Derecho Canónico se les dio prevalencia por encima del Derecho Feudal y las costumbres locales en transacciones con extranjeros¹⁸. Un novato diría que esto lleva al otorgamiento de una carta blanca, en donde el árbitro puede elegir la regla que le parece mejor aplicar al conflicto sin mayores esfuerzos, sin embargo esta concepción, según Blessing, es completamente equivocada. Exactamente lo opuesto ocurre en el arbitraje. El árbitro debe encarar la difícil tarea de comparar las distintas posibilidades en el caso en cuestión y optar por una solución razonable que resultare aceptable de acuerdo a criterios manejados internacionalmente, agotando esfuerzos en su argumentación¹⁹. En las palabras del Lord Goff de Chiveley, “es mejor tener un festín de fuentes contrastantes, con ebullición de ideas, que un

simple paquete higiénico, arropado en polietileno”²⁰.

4. Los peligros de la “tecnocratización” del proceso arbitral

El arbitraje debe apuntar a romper la llamada “tecnocratización” (neologismo que ganó popularidad hace no mucho tiempo) en la cual los jueces se convierten en tecnócratas a cargo de la resolución de conflictos dentro del Estado, aplicando un criterio rígido de la ortodoxia del razonamiento jurídico. Particularmente en disputas internacionales, las partes buscan escapar de esta concepción al recurrir al arbitraje, en donde los juzgadores son frecuentemente seleccionados en base a sus conocimientos del negocio o a su sentido común²¹, con el entendimiento de que este método de resolución de conflictos

18 Oppetit, Bruno Von Mehren, Arthur Taylor (1992) “International Commercial Arbitration and Conflict of Laws”, en: *The American Review: Essays in Honor of Hans Smit, The American Review of Arbitration*, p. 62.

Juenger, Friedrich (1997) “Contract Choice of Law in the Americas”, en: *The American Journal of Comparative Law*, (1998) *Teoría del Arbitraje*, 2006, pp. 278-279. Una interesante descripción reciente del fenómeno de “aculturación” se puede encontrar en: Sánchez Cordero, Jorge (2016) “Les processus d’acculturation juridique. Réflexions mexicaines, Eppur si muove”: *The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, pp. 51 y ss.

19 Blessing, Marc (1997) “Choice of substantive law in international arbitration”, en *Journal of International Arbitration*, p. 48.

20 Citado por Smits, Jan (2004) “The Europeanisation of National Legal Systems”, en *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, p. 239.

21 Menkel-Meadow, C.; Porter Love L.; Kupfer Schneider A.; Sternlight J. (2005) *Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model*, p. 449.

tiene un solo objetivo: servir al comerciante²².

David explica que un gran número de conflictos comerciales surgen en relación a los hechos que solo un experto puede juzgar como, por ejemplo, la calidad de los bienes entregados o la evaluación de los trabajos o servicios que se han prestado. Si a un tribunal se le solicita que decida sobre esas cuestiones, no puede basarse en cualquier prueba, sino en la evidencia producida por expertos. Es, por lo tanto, tentador recurrir directamente al experto y convertirle en el juzgador final de la disputa, tal cual ocurre exactamente en el arbitraje. De hecho, muchas controversias comerciales son arbitrajes de calidad. Podría ser conveniente para las partes seleccionar a alguien que, en contraste a un juez, tenga un conocimiento más amplio de los usos y principios comerciales, que comprenda más apropiadamente la psicología de los comerciantes y, en consecuencia, se encuentre mejor posicionado para interpretar un contrato y dictar una decisión que

podría convertirse en un nuevo uso comercial²³.

Los usos pueden estar expresamente incorporados en un contrato (como cuando se hace referencia a las reglas INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional, ICC²⁴), pero también pueden ser introducidos implícitamente, cuando se entiende que lo desearon las partes. Inclusive en leyes domésticas, como ha sido apuntado por Basedow, los usos deben considerarse incorporados en una relación contractual como consentimiento implícito de las partes cuando son ampliamente conocidos en cierto sector de la actividad económica y, en este sentido, deberán prevalecer sobre provisiones supletorias de leyes nacionales²⁵. Esta idea va de la mano con soluciones que se pueden encontrar en instrumentos modernos de Derecho Uniforme, como en la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG, por sus siglas en inglés). El artículo 9° (2) de la CISG reconoce la noción de los usos implícitos, lo

22 Mustill, Lord Justice (1987) "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years" en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, (1999) p. 149.

23 David, Rene. Ob. cit., p. 12.

24 <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010> (Último acceso: 22 de diciembre de 2016)

25 Basedow, Jürgen (2010) "El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada", en Basedow J. & Fernández Arroyo, D. **¿Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional?**, 2010, pp. 9-10.

que significa que las reglas de origen no estatal pueden ser impuestas a las partes²⁶. En casos así, los usos son aplicables incluso si las partes no saben de su existencia, siempre y cuando sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el área de práctica del comercio en cuestión, y se pueda entender que las partes deberían saber de ellos²⁷. Una solución análoga puede encontrarse en el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT de Derecho Contractual²⁸.

Un uso es específico a una actividad en particular, pero una vez que consigue una aceptación

general, se convierte en un “principio general”,²⁹ como fue decidido por un tribunal arbitral presidido por Lalive³⁰. Desde la década de 1930 en adelante, la referencia a los principios fue incluida repetidamente en cláusulas arbitrales en contratos relacionados al petróleo. Posteriormente, la referencia evolucionó a “principios del derecho reconocidos por naciones civilizadas” y otras expresiones análogas³¹.

Por su parte, principios, usos y costumbres del Derecho Comercial Internacional también han sido referidos como *lex mercatoria* o nueva

-
- 26 Audit, Bernard (1988) “The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria”, en: *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, pp. 176-177.
- 27 Berman, H. y Dasser, F. (1990) “The ‘new’ law merchant and the ‘old’: sources, content, and legitimacy”, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, 1998, p. 65.
- 28 Dos categorías de usos pueden derivarse de los artículos 8° y 9° de la CISG y del artículo 1(8) de los Principios UNIDROIT, en relación a “usos y prácticas”. La primera categoría está conformada por los usos que derivan del comercio en sí, y la segunda categoría cubre a las prácticas conocidas por las partes del contrato y observadas por ellas en sus negocios. La provisión de UNIDROIT es inclusive más directa en el sentido de que no se requiere conocimiento del uso por parte de las partes (ver una discusión en: Vogenauer, Stefan (ed.) (2015) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*).
- 29 Goode, Roy (1997) *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, en *International Comparative Law Quarterly*, pp. 16-17.
- 30 Caso ICC 3380/1980, citado por: Craig, L.; Park, W. y Paulsson, J. (2000) *International Chamber of Commerce Arbitration*, pp. 102-639.
- 31 Como principios generales del derecho internacional privado (Caso Aramco, 1958); principios generales del derecho (Libia v. Casco y Liamco, 1977; Aminoil v. Kuwait, 1982; Fratomome v. Iran, 1982); principios generalmente aceptados (Laudo ICC, Caso 2.152/1972) principios generales del derecho y la justicia (Laudo ICC, Caso 3.380/1980); principios generales del derecho que deben regular transacciones internacionales (Laudo ICC, Caso 2.291/1975); principios generales adoptados por la jurisprudencia de arbitraje internacional (Laudo ICC, Caso 3.344/1981); principios generales ampliamente aceptados que regulan el derecho comercial internacional (Laudo ICC, Caso 3.267/1979); principios generales del derecho aplicables a relaciones económicas internacionales (Laudo CIADI 1983, Asia v. Republic of Indonesia); principios del derecho conformando la *lex mercatoria* (Laudo ICC, Caso 3.327/1981); y Reglas del Derecho (Laudo ICC, Caso 1.641/1969).

lex mercatoria, por ejemplo, en el famoso caso inglés de 1998 (*Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH*)³². La terminología en la materia es caótica³³, algunos utilizan la expresión Derecho Transnacional, otros se refieren a la *lex mercatoria*, *soft law*, o términos como Derecho Mundial, Derecho Global, Derecho Uniforme, y demás. La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, en sus “principios” de Derecho aplicable a contratos internacionales destinados tanto para el ámbito arbitral como judicial³⁴,

recientemente adoptó la expresión “normas de Derecho”, como equivalente al Derecho No Estatal y a otros términos utilizados para referirse a este tema³⁵.

La expresión “normas de Derecho” fue elegida para beneficiarse del extraordinario desarrollo de la casuística y doctrina en el mundo del arbitraje con relación a ella³⁶, originalmente incluida en el artículo 42 de la Convención de Washington de 1965, en relación a las disputas de inversión y en las leyes arbitra-

32 Goode, Roy (1997) Ob. cit., p. 29.

33 Es ampliamente sabido que la normatividad no estatal en transacciones comerciales internacionales se convirtió en el debate siguiendo al influyente artículo de Berthold Goldman publicado en 1964 (Goldman, Berthold (1964) *Frontières du droit et lex mercatoria*, *Archives de philosophie du droit*, pp. 184 y ss.) La doctrina de la *lex mercatoria* discutida en ese trabajo —e inmediatamente profundizada por la doctrina francesa subsiguiente en el tema— fue una vez calificada como un “fantasma” creado por profesores de la Sorbona. Ver Teubner, Gunter (1997) “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, en *The American Journal of Comparative Law*, p. 151. Tras dudas iniciales (Ver, por ejemplo: Mustill, Lord Justice (1989) Ob. cit. p. 150), el reconocimiento de la doctrina es hoy día innegable, tanto en el mundo arbitral como en gran parte del sector académico del derecho comercial, a pesar de que la expresión ha sido severamente criticada como “término malvadamente erróneo” o como “contradicción de términos”. Lowenfeld, Andreas F. (1990) “*Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View*”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement*, 2002, p. 72. Para evitar una contradicción de términos, algunos, por ejemplo, proponen referirse al fenómeno como *principia mercatoria*.

34 Saumier, G. y Gama Jr., L. (2011) “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional*, pp. 62-63. Esto resulta en “nivelar el campo de juego” entre el arbitraje y la el litigio judicial, al menos en países que han adoptado la Ley Modelo de UNCITRAL. Pertegás, M. y Marshall, B.A. (2014) “Harmonization through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en *Brooklyn Journal of International Law*, p. 979. Ya no es necesario incluir una cláusula arbitral para asegurarse que la elección de derecho no estatal sea respetada.

35 Ver Comentario Oficial de UNCITRAL al artículo 28. También ver reporte del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, 18ª reunión. Marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp. 60-63).

36 El autor de este artículo tiene conocimiento personal de esto debido a su participación en las deliberaciones sobre este tema.

les de Francia y Yibuti, la expresión ha sido adoptada por la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, haciendo eco de la terminología utilizada en las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 (enmendadas en 2010), lo que ha inspirado a reglas de arbitraje a través del mundo. En adelante, *lex mercatoria*, principios y usos generales, Derecho No Estatal y otras expresiones mencionadas en este párrafo serán utilizados de forma indistinta.

5. Los “grandes sabios de antes” vs. los “tecnócratas”

El arbitraje comercial internacional ha adquirido un impulso abrumador en el mundo moderno en disputas relacionadas con el petróleo, particularmente en la década de 1970³⁷, decididas por renombrados profesores de Derecho o exjueces con un profundo conocimiento de Derecho Internacional Privado —e inclusive Público— como Lalive, el Juez Lagergren y Lord Mustill, por nombrar a algunos. Estos casos tuvieron un gran impacto debido a su publicidad y a los grandes montos económicos que involucraron. Es más, las decisiones fueron altamente

reconocidas como soluciones justas que invocaban principios generales del Derecho, usos internacionales o *lex mercatoria*³⁸.

En las décadas de 1980 y 1990 la situación cambió, la justicia informal dominada por los académicos europeos fue transformada a un sistema de justicia de arbitrajes *offshore* de tribunales —por así decirlo—, monopolizado por grandes firmas de abogados principalmente de los Estados Unidos y algunos de Inglaterra, desde ese entonces pululan los “tecnócratas” en contraposición a “los grandes sabios de antes” (*grand old men*) del arbitraje. Los tecnócratas invocan su especialización y conocimiento técnico, frecuentemente adquiridos en instituciones arbitrales que contratan a jóvenes abogados para administrar sus casos arbitrales. Los mismos promueven las virtudes de seguir los precedentes establecidos en conjunto con un detallado análisis de los hechos del caso. En contrapartida, los académicos, con una importante ventaja en aspectos teóricos, enfatizan la importancia del derecho transnacional o la *lex mercatoria* como telón de fondo en las transacciones transfronterizas. Cuando se gira el péndulo hacia las grandes firmas angloamericanas, el

37 Dezalay Y. & Garth B. G., (1996) *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, p. 75.

38 Dezalay Y. & Garth B. G., (1996), ob. cit. cap. 2.

rol de la *lex mercatoria* se ve disminuido³⁹.

El contraste resultó claramente visible en dos eventos organizados por la Cámara de Comercio Internacional en el 2014. En uno de ellos, llevado a cabo en Beaune, Francia y al cual asistieron destacados árbitros y renombrados profesores con una sólida formación transnacional, fueron resaltadas las virtudes de la *lex mercatoria* en arbitrajes⁴⁰. En el otro encuentro, celebrado en Miami, concurren mayormente abogados “tecnócratas” practicantes, en el evento estos no contuvieron sus críticas a lo que había sido discutido en el evento anterior⁴¹.

Los datos son contradictorios, los defensores del enfoque “tecnocrático” invocan estudios que prueban

una amplia aplicación del Derecho Estatal. La ICC, por ejemplo, reporta que, en el año 2015, en el 85% de las disputas referidas a arbitraje según sus reglas, las partes incluyeron una cláusula de elección de Derecho Aplicable en sus contratos y en el 99% de los casos eligieron leyes nacionales (la ICC hace notar, sin embargo, que el derecho seleccionado no corresponde en todos los casos al que finalmente fue efectivamente aplicado por los árbitros en su decisión)⁴².

Algunos años atrás, un estudio conducido por Berger entre 2733 abogados, señaló que aproximadamente un tercio de ellos indicó que conocían al menos un caso en su práctica en donde las partes se refirieron al Derecho Transnacional en sus contratos, y más del 40%

39 Dezalay Y. & Garth B. G., (1996), ob. cit. cap. 3.

40 Ver en: <http://www.adejesus.com> (Último Acceso: 11 de enero de 2017).

41 Esto me han llamado a la atención personas que asistieron a este evento, llevado a cabo en el mes de noviembre en Miami.

42 La ley inglesa y la ley de los Estados Unidos fueron las más frecuentemente elegidas, totalizando a un cuarto de los contratos. Otras elecciones fueron las leyes de Suiza, Francia y Alemania. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2016, Issue 1, p. 17. Cuniberti condujo un estudio empírico con más de 4, 400 contratos internacionales concluidos entre alrededor de 12.000 partes participantes de arbitrajes ICC (the “ICC Arbitration Data”). Su estudio (desde 2007-2012) revela que, cuando partes comerciales internacionales acuerdan a acudir a una ley que no es la suya, generalmente eligen la ley de una de cinco jurisdicciones: Inglaterra, Suiza, Estados Unidos, Francia y Alemania (Cuniberti, Gilles (2014) “The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws”, en *University of Luxembourg Law Working Paper Series*, 2014, pp. 3-5. File:///C:/Users/jmoreno/Downloads/SSRN-id2393672.pdf, Último acceso: 9 de diciembre de 2016,) Sin embargo, como fue remarcado, la selección de leyes no estatales no fue comprendida en esta investigación (Boele-Woelki, Katharina (2016) “¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales?” en: *Contratos Internacionales*, Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno (eds), pp. 93-116).

tenía conocimiento de al menos un procedimiento arbitral en donde el término fue utilizado⁴³.

En otra importante encuesta realizada en el 2010, usando 136 cuestionarios extensivos y datos cualitativos basados en 67 entrevistas a profundidad, se encontró que el uso del Derecho Transnacional es muy común en el ámbito arbitral (aproximadamente 50% de los entrevistados lo utilizaron al menos “algunas veces”)⁴⁴.

Aún más recientemente, en el 2014, una encuesta sobre el uso de instrumentos *soft law* en el arbitraje internacional fue abierta para respuestas en el Blog de Arbitraje de Kluwer. Se les solicitó a los usuarios que reportaran sobre sus encuentros en la vida real con los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales, la *lex mercatoria* y expresiones similares. Los resultados para los Principios UNIDROIT y la *lex mercatoria* fueron notablemente

similares, lo que puede sugerir que se encuentran empleados de forma indistinta. Alrededor del 50% de las respuestas mencionan que se los había utilizado ocasionalmente, mientras que el 20% especificaba que los habían empleado siempre o regularmente⁴⁵.

6. Los riesgos de la “tecnocratización”

La tecnocratización del arbitraje, lleva a lo que se ha referido como “la creciente judicialización del arbitraje internacional”, con la adopción de procedimientos judiciales, regulaciones de estilo judicial y patrones de conducta judiciales. Como resultado de esto —menciona Horvath— el entendimiento simple e idealista del arbitraje internacional se ha vuelto menos preciso. Si este desvío continúa, el riesgo es que un mecanismo de resolución de conflictos altamente eficiente y exitoso se pierda en la comunidad empresarial

43 Ver en: Drahozal, Christopher R. (2003) “Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, p. 30.

44 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) and White & Case (<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>, ultimo acceso: 22 de diciembre de 2016), pp. 11 ss.

45 La encuesta fue conducida por la Fondecyt (National Foundation for Scientific and Technological Development, Chile) Project N° 1110437. Elina Mereminskaya, Bofill Mir & Alvarez Jana Abogados, for ITA, Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration, 6 June 2014, in <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration> (**Último acceso: 14 de junio de 2014**).

internacional⁴⁶. De hecho, en una encuesta reciente conducida por la Universidad Queen Mary y White and Case, algunos entrevistados han expresado preocupaciones sobre la “judicialización” del arbitraje, la creciente formalidad de los procedimientos y las similitudes con la litigación judicial, señalando que la tendencia es potencialmente dañina al atractivo del arbitraje⁴⁷.

No resulta extraño que el enfoque tecnócrata, el cual lleva a la aplicación nacionalista del derecho en arbitrajes, sea criticado por renombrados académicos, quienes, al mismo tiempo, han estado involucrados en numerosos casos arbitrales. Sobre este asunto Blessing, por ejemplo, sostiene que aunque las empresas que actúan en el mercado internacional pueden seleccionar derechos nacionales para gobernar sus contratos, si surge un conflicto; los tribunales arbitrales deberían dictar una decisión basándose en nociones fundamentales y principios generales aplicados de acuerdo a las

expectativas de las partes. El árbitro no puede actuar como un esclavo o mecánico que ciegamente aplica las herramientas locales para la solución del conflicto⁴⁸.

Además, debe tenerse en cuenta que, generalmente, los jueces se encuentran poco preparados para aplicar leyes domésticas extranjeras. Esto ha sido reflejado en la famosa y frecuentemente citada investigación de Rheinstein en una reconocida recopilación de casos de Derecho Internacional Privado, en donde de los cuarenta casos en los que se aplicaron leyes nacionales, solo cuatro han llegado al resultado correcto, no obstante por razones equivocadas⁴⁹. Recordando los casos en los cuales actuó como árbitra, Kaufmann-Kohler se pregunta si es que realmente conoce lo sistemas jurídicos gobernados por las leyes de Alemania, Francia, Inglaterra, Polonia, Hungría, Portugal, Grecia, Turquía, Líbano, Egipto, Túnez, Marruecos, Sudán, Liberia, Corea, Tailandia, Argentina, Colombia, Venezuela, Suiza, Illinois

46 Horvath, Günther J. (2011) “The Judicialization of International Arbitration: Does the Increasing Introduction of Litigation-Style Practices, Regulations, Norms and Structures into International Arbitration Risk a Denial of Justice in International Business Disputes?”, en *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, pp. 251-271.

47 Abogados internos valoran los aspectos del proceso arbitral que lo distinguen de la litigación. Queen Mary 2013. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/index.html> (Último acceso: 9 de diciembre de 2016).

48 Blessing, Marc (1997) Ob. cit., p. 42.

49 Ver, por ejemplo en: Lando, Ole (2003) “Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Moving from Harmonisation to Unification”, en *Uniform Law Review*, p. 126.

y Nueva York. Contesta que, con excepción a la ley de Nueva York, la cual aprendió años atrás y no pretende conocer en la actualidad, y el derecho suizo, que practica en la actualidad, la respuesta es claramente que no⁵⁰. Por lo tanto, ¡las posibilidades de errar al aplicar un derecho extranjero y sus intersticios es claramente alta!

Glenn destaca que los problemas empeoran en varios países marcados por la corrupción judicial, haciendo difícil la predicción de los resultados debido a los precedentes jurisprudenciales de origen dudoso⁵¹. David, a su vez, resalta que varios sistemas nacionales no se encuentran preparados para

regular transacciones internacionales. Por ejemplo, la negativa de un comprador a aceptar bienes es mucho más seria en una venta internacional, en donde sería deseable que, a pesar de que el comprador pueda tener esos derechos, ciertas obligaciones como la conservación o la reventa de los bienes le puedan ser cargadas⁵². En palabras de Juenger, "nacionalizar" una transacción internacional equipara a pretender la cuadratura de un círculo⁵³. Jueces estatales frecuentemente recurren a "cláusulas de escape", manipulando nociones del Derecho Internacional Privado tales como reenvío, orden público internacional y otras, o inclusive con la invocación de "derechos humanos"⁵⁴ o "constituciona-

-
- 50 De Ly, F.; Friedman, M. y L.R. Di Brozolo (2010) "International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations in Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", en *Arbitration International*, p. 198.
- 51 Glenn, H. Patrick (2001) "An International Private Law of Contract", en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, pp. 58-59.
- 52 Debe tenerse en consideración que, comúnmente, transacciones transnacionales involucran factores particulares, tales como la distancia entre el comprador y el vendedor, o ciertos requisitos como licencias para importar y exportar que dependen de las autoridades, o prohibiciones para transferencias de divisas y un sinfín de eventualidades. David, Rene (1969) "The International Unification of Private Law", en *International encyclopedia of comparative law*, pp. 11-12.
- 53 Ver Juenger, Friedrich K. (2000) "The Lex Mercatoria and Private International Law", *Louisiana Law Review*, pp. 1139-1140.
- 54 La Sala Constitucional de la Corte Alemana dictó una decisión histórica en este sentido en el año 1971, seguido por otras, tales como la Corte Italiana en 1987. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en al menos una ocasión, basó su decisión en la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, por ejemplo, cuando decidió que el alcance de la excepción de orden público del deber de reconocer decisiones civiles de otros Estados miembros debe interpretarse de manera acorde a dicha convención (*Krombach v Bamberski*, Caso C-7/98, (2000) ECR I-1935) (ver Reimann, Mathias (2006) "Comparative Law and Private International Law", en: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 1392-1393.

les⁵⁵ para llegar a la “justicia material” por sobre la “justicia substantiva”⁵⁶.

Los párrafos que anteceden evidencian los peligros del enfoque tecnocrático. Para Lalive el árbitro internacional debe ser “neutral” no solo con respecto a los países de los cuales provienen las partes sino también con relación a los sistemas jurídicos de esos Estados. Esto significa que el árbitro debe tener una forma de pensar que contemple parámetros internacionales, por lo tanto, la neutralidad y objetividad de los árbitros deben, necesariamente, involucrar un alto nivel de “mentalidad internacional” y un enfoque comparativo, lo que es exactamente opuesto al nacionalismo jurídico⁵⁷. Es prometedor que generaciones jóvenes de estudiantes participantes de competencias arbitrajes (“Moots”)

alrededor del mundo comprendan fácilmente el enfoque cosmopolita del arbitraje y el uso de instrumentos *soft law* y otras técnicas de derecho comparado⁵⁸.

7. La legítima expectativa de las partes

Según Derains, la expresión anterior no debe confundirse con la “voluntad” de las partes. La selección expresa o implícita de un derecho no excluye la posibilidad de que, en ciertos casos, resulte legítimo esperar que un árbitro tenga bajo consideración una regla que las partes no han especificado como aplicable al contrato o que no han excluido expresamente. Esto puede pasar, por ejemplo, en cuestiones relacionadas al orden público o a normas

55 Ver recientemente: Micklitz, Hans W. (2016) “The Threefold Phenomena of Constitutionalisation in Private Law”, en: *Eppur si muove: The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, International Institute for the Unification of Private Law, pp. 168 y ss.

56 Esta terminología, acuñada por Kegel, es bien explicada por Symeonides. La justicia material limita el objetivo del Derecho Internacional Privado a simplemente elegir el Estado que va a proveer el derecho aplicable sin considerar el contenido y la calidad substantiva de la decisión final. La justicia substantiva busca una mejor solución substantiva a un caso que envuelva a más de un Estado (Symeonides, Symeon C. (2000) “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law”, en: *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, pp. 125-128).

57 Lalive, Pierre, “On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration” en: *Swiss Essays on International Arbitration*, C. Reymond and E. Bucher (edits.), p. 28.

58 Ver, por ejemplo, en: Fernández Arroyo, Diego P., “The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships”, en: *Eppur si muove: The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, pp. 271-272.

imperativas⁵⁹. En palabras de Moura Vicente, las expectativas legítimas suponen la intervención del juzgador para salvaguardar las expectativas generadas en la otra parte o en una tercera parte o la justicia conmutativa en los intercambios⁶⁰.

Un ejemplo. El tribunal superior suizo rechazó una solicitud de anulación basado en que el árbitro usó tanto la Convención de Viena, como los Principios UNIDROIT para determinar qué constituía un “incumplimiento sustancial”, a pesar de que las partes eligieron el Derecho suizo como aplicable. Confirmando el laudo arbitral, el tribunal explicó que la referencia a estos instrumentos no supuso la aplicación del Derecho Internacional, por el contrario, sostuvo que la alusión a la Convención de Viena y a los Principios UNIDROIT es perfectamente válida de acuerdo con el Derecho suizo, considerando que las partes en un contrato comercial internacional pueden razonablemente esperar la adopción de nociones de dichos instrumentos⁶¹.

Cuando los contratantes eligen el derecho de un tercer país, lo hacen principalmente apuntando a encontrar una solución neutral, a pesar de contar rara vez con un conocimiento profundo de su contenido. Las sutilezas de las reglas tal cual son destiladas por la jurisprudencia pueden ser sorprendentes para una parte extranjera⁶².

Al respecto, Berger se pregunta si cuando los contratantes seleccionan el Derecho alemán como neutral, sin conocimiento de sus interpretaciones autóctonas, el tribunal debe aplicar una jurisprudencia peculiar por lo que, más allá del texto legal, requiere que ciertas cláusulas en contratos estándares sean “negociadas en detalle”. Mientras la fórmula estricta tiene sentido en transacciones de consumo, la ley alemana también extiende esta solución a contratos empresariales, donde la presunción de la competencia profesional de las partes no requeriría el mismo grado de protección jurídica. Esta cuestión fue abordada en un laudo interino en

59 Derains, Yves (1995) “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Como fruto del consentimiento de las partes, los árbitros deben demostrar especial fidelidad a las expectativas de las partes tal como fueron expresadas en el contrato o tratado, Park, William W. (2016) *Fidelity to Contract Commitments in Commercial Arbitration: Contract Language and Change Circumstances*, p. 893.

60 Vicente, Darío Mora (2016) “La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado”, en *Contratos Internacionales*, p. 74.

61 *Schweizerisches Bundesgericht* (Switzerland), December 16, disponible en: <http://www.unilex.info> (Último acceso: 17 de enero de 2017).

62 Bortolotti, Fabio (2014) *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, p. 8.

el año 2001, dictado en el arbitraje ICC N° 10279, en el que el tribunal decidió no aplicar la interpretación local, considerando que estaban lidiando con empresarios internacionales experimentados y que lo contrario “sería inconsistente con la realidad comercial”⁶³.

Según Berger, en casos como este la respuesta depende en gran medida de las expectativas de las partes. Una presunción justa es que al elegir el arbitraje en lugar de los tribunales domésticos, las partes esperan que los juzgadores se abstengan de aplicar de manera “mecánica” la ley. En cambio, los árbitros deben tener en cuenta las circunstancias económicas del caso y el contexto internacional en el cual las partes operan. La mayoría de las reglas y leyes arbitrales incluyen el mandato a los árbitros de considerar los usos del comercio, que destaca el objetivo del arbitraje de proveer resoluciones de disputas internacionales de acuerdo con las expectativas de las partes y las prácticas comerciales⁶⁴.

Por supuesto, la situación sería distinta en casos en los cuales las par-

tes extranjeras, siguiendo la asesoría de sus abogados, hayan elegido una ley como la alemana precisamente por su solución peculiar sobre condiciones contractuales generales⁶⁵.

Toda esta cuestión, desde luego, merece un atento examen. Brunner propone un análisis caso por caso, concentrándose en el legítimo interés de las partes. Si una parte seleccionó un derecho nacional porque deseaba una solución rígida ante un caso específico, puede expresarlo y así excluye la posibilidad de considerar que tengan aplicación otros derechos o un derecho no estatal⁶⁶. De lo contrario, el juez debería tener la suficiente discreción para llegar a una decisión apropiada tomando en consideración las circunstancias del contrato y del ambiente internacional en el cual se desarrolla la relación.

8. Una óptica ampliada para las transacciones internacionales

Goode acuñó la expresión “broader brush” (o desde una **óptica ampliada**) en alusión a que en transacciones transfronterizas deben

63 Berger, Klaus Peter (1990) “To what extent should arbitrators respect domestic case law?”, *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, pp. 80-84.

64 Berger, Klaus Peter, ob. cit., pp. 89-90.

65 Berger, Klaus Peter, ob. cit., pp. 80-90.

66 Brunner, Christoph (2008) *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, pp. 30-32.

interpretarse los derechos nacionales con “una mirada hacia los usos internacionales”⁶⁷. Además, como lo dijo Paulsson, los derechos nacionales contienen normas correctivas que les hacen formidables, ellas pueden ser derivadas de principios contenidos, por ejemplo, en Constituciones nacionales o en tratados ratificados —por ejemplo, con relación a los Derechos Humanos—, y los tribunales nacionales tienen tanto el deber como la autoridad para aplicarlas⁶⁸.

Además, los derechos domésticos son constantemente objeto de una construcción comparativa. Se debe tener en cuenta que los diferentes sistemas jurídicos tienen formulas abiertas, proporcionando amplios poderes a los juzgadores, tales como la buena fe, fuerza mayor e imprevisión. Aquí, el Derecho Comparado ha demostrado ser muy eficaz como herramienta interpretativa⁶⁹.

Esta construcción comparativa se vuelve aún más imperativa en la contratación internacional, donde existen razones adicionales. Como dijo Derains, es imposible desasociar al Derecho del lenguaje de su expresión. Por ejemplo, con los términos *consideration*, *implied terms*, *misrepresentation* o *frustration*⁷⁰, una interpretación amplia (**u óptica ampliada**) es evidentemente requerida cuando una de las partes no proviene de la tradición del *common law*.

La **óptica ampliada** según la cual los usos, los principios y la equidad deberían ser tenidos en cuenta, coincide con la perspectiva visionaria de Martin Wolff quien, hace más de media centuria, ya decía que un sistema de Derecho Internacional Privado que carece de una visión supranacional sería contrario a la justicia⁷¹.

67 Goode, Roy (2002) *The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration*, p. 1.

68 Paulsson, Jan (2013) *The Idea of Arbitration*, p. 232.

69 Brunner, Christoph (2008) *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, pp. 30-32. Sobre este tema, Ralf Michaels, *inter alia*, nota que, “como el *ius commune* y el *common law*”, los Principios Unidroit “sirven como una ley global contextual” para la cual “encontramos, más y más, que los jueces y legisladores justifican sus decisiones contra un consenso global (ya sea imaginado o real) el que encuentran, entre otros, en los Principios Unidroit.” Se “están convirtiendo, más y más, en una suerte de referencia general ante el cual tienen lugar los argumentos jurídicos”. Michaels, Ralf (2104) “The Unidroit Principles as Global Background Law”, *Uniform Law Review*, pp. 643-668.

70 Derains, Yves (1995) “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Foreword, p. 6.

71 Wolff, Martin (1936) *Derecho Internacional Privado*, p. 15.

9. La fórmula correctiva en el arbitraje

Los poderes de **óptica ampliada** se encuentran expresamente reconocidos en el mundo arbitral. El artículo 28(4) de la Ley Modelo UNCITRAL dice que, en todos los casos, deben ser tenidos en cuenta los términos y condiciones del contrato, los usos comerciales y las prácticas aplicables a la transacción⁷². Esta fórmula, originalmente incluida en la Convención Europea de Arbitraje de 1961 (artículo VII), ha sido calificada por un prestigioso árbitro como uno de los logros más significantes del siglo XX, liberando al arbitraje de percepciones locales⁷³.

Como resulta ampliamente aceptado, la aplicación de una regla

como esta lleva a un enfoque cosmopolita y no depende de la voluntad de las partes, prevaleciendo sobre lo que se encuentra determinado en normas de conflicto de leyes. Esto fue reconocido, por ejemplo, por un tribunal arbitral de Costa Rica⁷⁴ y por un tribunal arbitral argentino. En el último caso, a pesar de que ambas partes designaron al Derecho argentino como aplicable, el tribunal arbitral recurrió a los Principios UNIDROIT como expresión de usos y prácticas comerciales internacionales, reflejando las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la praxis contractual transfronteriza, sosteniendo que, como tales, de acuerdo al artículo 28(4) de la Ley Modelo UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial internacional, deben prevalecer sobre cualquier ley doméstica⁷⁵.

72 En las Américas, la fórmula correctiva ha sido aceptada por varios años mediante el artículo 9° de la Convención Interamericana sobre las Reglas Generales del Derecho Internacional Privado de la OEA del 1979, ratificada por varios países de la región. Esta Convención admite soluciones equitativas para arribar a soluciones de justicia en casos particulares, a pesar de las provisiones de leyes nacionales que sean potencialmente aplicables a la transacción. El espíritu de esta fórmula se encuentra replicado en el artículo 10 de la Convención de México. La solución es recibida en la legislación de Derecho Internacional Privado de México, Venezuela y Paraguay (ver Moreno Rodríguez, José Antonio (2016) "The new Paraguayan Law on international contracts: back to the past?", en *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, Unidroit (ed.), pp. 1171-1173.

73 Blessing, Marc, ob. cit. p. 54. Hascher habla de una interpretación progresiva de la convención, favoreciendo a la *lex mercatoria* y principios internacionales (Hascher, Dominique T. (1995) "European Convention on International Commercial Arbitration en *Yearbook of Commercial Arbitration*, pp. 1030-1031.

74 Laudo arbitral *Ad Hoc* en Costa Rica, 30.04.2001, accesible en www.unilex.info (Último acceso: 12 de enero de 2016). En cambio, el tribunal arbitral hace referencia a otros laudos ICC en este aspecto Awards 8908/1996 and 8873/1997; *Bulletin of the International Arbitration Court*, vol. 10/2-Fall-1999, pp. 78 y ss.).

75 Laudo Arbitral *Ad Hoc* de 10.12.1997, accesible en www.unilex.info (Último acceso: 12 de enero de 2016). Mayer incluso habla de la aplicación de los principios UNIDROIT en todas

Marc Blessing hace eco de las críticas hacia la doble referencia del artículo 28(4), donde se indica que esta solo complicaría y provocaría incertidumbres, por lo tanto debe ser evitada y en su lugar darse prevalencia a la aplicación de un sistema jurídico nacional. A ello, Blessing responde que los críticos o nunca han tenido que resolver en un arbitraje donde estas cuestiones hayan estado en el centro de la disputa, o no llegan a darse cuenta de que las percepciones o leyes locales y nacionales son frecuentemente de poco alcance, diseñadas bajo un enfoque puramente doméstico y no merecen ser aplicables en un contexto internacional⁷⁶.

A su vez, Gary Born sostiene que el mandato dado a los árbitros de considerar los usos comerciales, rescata las raíces históricas del arbitraje y su objeto de que las disputas internacionales sean resueltas de una manera que vaya de acuerdo con las expectativas y prácticas comerciales. El acuerdo entre las partes de que los usos comerciales pueden (o deben)

ser tenidos en cuenta, expresa un deseo de las partes de que tanto el contrato como el Derecho aplicable sean interpretados según un contexto comercial⁷⁷.

Otras renombradas figuras del mundo arbitral destacan —en un reconocido libro que comenta las reglas del arbitraje ICC— que hay casos en donde los poderes del juez o del árbitro deben ser usados para interpretar el contrato de manera acorde con los usos, cuando existe un padrón que se repite en la praxis internacional. En un contexto en que existen distintos derechos potencialmente aplicables, idiomas extranjeros o diferentes divisas, por citar ejemplos, la solución no puede emerger de un contexto puramente nacional. Allí es donde fallos repetidos, que tratan de manera similar ciertos hechos transaccionales transfronterizos, generan una suerte de jurisprudencia, basados en realidades económicas y necesidades del comercio internacional, a las cuales las reglas específicas del arbitraje deben responder⁷⁸.

las situaciones, no como *lex contractus*, pero específicamente, cuando el contenido de una norma determinada del *lex contractus* no está claramente establecido, o es manifiestamente inadecuado. Mayer, Pierre "The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice" en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement 2002, pp. 75-76.

76 Blessing, Marc (1997) Ob. cit., p. 42.

77 Born, Gary (2014) *International Commercial Arbitration* (Second Edition), p. 2666.

78 Craig L.; Park W. y Paulsson, J. (2000) *International Chamber of Commerce, Arbitration*, pp. 638-639. Ellos citan al Caso ICC 4131/1982, en donde un tribunal unánime, presidido por el Profesor Sanders, declaró: "Las decisiones de tribunales (ICC) progresivamente crean jurisprudencia que deben ser tenidas en cuenta, porque elaboran conclusiones de realidades

En un sondeo reciente entre árbitros experimentados en los Estados Unidos, más de un cuarto de los encuestados dijeron que “se sienten libres de seguir su propio sentido de equidad al dictar un laudo, incluso si el resultado sería contrario al Derecho Aplicable”, al menos algunas de las veces⁷⁹. Sin lugar a dudas, la doble fórmula del Derecho Arbitral es sabia, al permitir la introducción de estándares internacionales para transacciones transnacionales con el fin de llegar a una solución más equitativa⁸⁰.

¿Están los árbitros operando *contra legem* en casos como los mencionados en los párrafos pre-

vios? Claramente la respuesta es no. Cuando uno elige un derecho substantivo aplicable y una jurisdicción de la ley modelo, también está seleccionando el artículo 28(4) con sus poderes correctivos. La extensión de esto es, por supuesto, una cuestión para otro análisis, pero queda claro que de una forma u otra al menos cierta discreción es otorgada al juzgador en relación a la aplicabilidad o no de reglas nacionales suplementarias⁸¹.

Además, como dijo Fernández Arroyo, el artículo 2(A) según la reforma del 2006 de la ley modelo, enfatiza el origen internacional del instrumento y la necesidad de promo-

económicas y en conformidad a las necesidades del comercio internacional, a las cuales las reglas específicas del arbitraje internacional, al ser elaboradas exitosamente, deberían responder” (p. 639).

79 T.J. Stipanowich, Una Encuesta Reciente de Experimentados Árbitros Estadounidenses Destaca Areas para un más Profundo Estudio y Discusión, en http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-and-discussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29.

80 En el caso *CMI International, Inc. v. Iran* of 1983 los árbitros no respetaron la selección de la ley de Idaho tras considerar que el trabajo de los árbitros, como está argumentado en el caso, es el de buscar la justicia y la equidad, lo que les llevó a ignorar dicha selección. Ver en: Silberman, L. & Ferrari, F. “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, *Law and Economics Research Paper Series*, p. 34.

81 Ferrari dice que el arbitraje internacional no puede ser más internacional que lo que las reglas nacionales aplicables a una determinada cuestión en un caso específico le permiten ser. Ferrari, Franco (2016) *How International Should International Arbitration Be? A Pea in Favour of a Realistic Answer*, en *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, Unidroit (ed.), p. 848. Muchas respuestas pueden dars para defender esta postura diferente, pero una de ellas es que cuando las partes seleccionan una jurisdicción arbitral en la que sus leyes contemplan una formula correctiva, esto autoriza a los árbitros a llegar a soluciones de justicia.

ver la uniformidad en su aplicación⁸². Para ponerlo de una manera clara, una provisión como esta impone un mandato legal a los árbitros en favor del cosmopolitismo.

Por último, aunque no por ello menos importante, ¡debemos considerar las numerosas veces en las que se está ante el llamado “dilema del prisionero”! Los contratantes tienden a asumir que la elección del Derecho No Estatal no será aceptada por los tribunales. Incluso en el arbitraje, como dijo Bortolotti, las partes frecuentemente reaccionan ante esta incertidumbre seleccionando derechos domésticos para minimizar el riesgo de un ataque basado en lo

que ha sido decidido por tribunales domésticos en el lugar o eventual lugar de ejecución⁸³. Los árbitros pueden atenuar esto usando sus amplios poderes.

Por ello, un arbitraje debe estar claramente conducido bajo una perspectiva cosmopolita, incluso en esos casos donde fue seleccionado un derecho nacional⁸⁴. Sin embargo, el árbitro debe ser también extremadamente cuidadoso para no comprometer el debido proceso, cuando las partes han apoyado sus argumentos exclusivamente en el derecho seleccionado. El buen árbitro debe asegurarse de que las partes hayan tenido, en su caso, la oportunidad de

82 Diego P. Fernández Arroyo, (2013) “Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral”, en: *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, Emmanuel Gaillard & Diego P. Fernández Arroyo (Dir.), pp. 233-234.

83 Bortolotti, Fabio (2014) *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, p. 7.

84 Cuando el derecho no fue seleccionado, parece que el artículo 28(2) de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 solo admite la aplicación del derecho no estatal cuando las partes lo eligen, no en la ausencia de elección. Esto fue considerado en 1987 por Lord Michael Mustill como un duro golpe a los *lex mercatoristas*. Mustill, Lord Justice (1989) “The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-Five Years”, en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, 1999, p. 181. Sin embargo, jurisprudencia subsiguiente indica lo contrario, y líderes autoridades arbitrales, como, *inter alia*, Emmanuel Gaillard, proponen una extensiva interpretación del artículo 28(2). Gaillard, Emmanuel (2010) *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, p. 124. Una expresa solución en este sentido (en relación al arbitraje específicamente) puede hallarse, por ejemplo, en el artículo 187(1) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado y en el nuevo artículo 1511 del Código Procesal Francés. Contraria a la extendida concepción ortodoxa, es más predecible aplicar reglas transnacionales que el clásico “conflictualismo”. Las partes que no han tomado la precaución de elegir la ley que gobernaría su contrato no deben encontrarse sorprendidas por la aplicación de una regla generalmente aceptada en el derecho comparado. Gaillard, Emmanuel (2010) Ob. cit., p. 126. Basada en un reporte de Von Mehren, la Resolución de 1989 de Santiago de Compostela del Instituto de Derecho Internacional dejó de lado a la posición de 1957, y ahora dice, en su artículo 6°, que en casos de ausencia de elección, los árbitros pueden, si lo consideran apropiado, aplicar principios generales, es decir, principios de origen no estatal.

discutir acerca del posible alcance y la relevancia de los usos internacionales y los principios que resultarían aplicables al caso en atención a lo que expresa o implícitamente pueda emerger del contrato⁸⁵.

10. En conclusión

Un arbitraje vale lo mismo que vale su árbitro. El buen árbitro siempre apuntará a apoyar su conclusión en el acuerdo de las partes y en los hechos del caso, aplicando, cuando sea relevante, el Derecho

Nacional, pero asegurándose al mismo tiempo de que sean consideradas las legítimas expectativas del caso internacional, basándose en la perspectiva cosmopolita que un juzgador debería tener en este tipo de disputas.

Es lo que hacían “los grandes sabios de antes”, los Petroccelis de los setenta, en un espíritu que con fortuna volverá a reinar en tiempos futuros, para no comprometer la efectividad de este extendido método de resolución de controversias del comercio internacional.

85 Por ejemplo, si los Principios UNIDROIT van a ser aplicados como voluntad implícita de las partes, los tribunales arbitrales deberían buscar una confirmación de las partes al inicio del arbitraje, cuando sea posible (por ejemplo, cuando se elaboran los términos de referencia o instrumentos equivalentes al mismo) de modo a asegurarse de que esta era la verdadera intención. Benedettelli, Massimo (2016) “Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration: An Exercise in Conflicts” in *Journal of International Arbitration*, p. 680.

Bibliografía

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1937) **Storia del diritto romano**, Traducción española de la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez: **Historia del Derecho Romano**, Madrid: Reus, 1994, pp. 87-88.

AUDIT, Bernard (1988) "The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria", *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Edición Revisada, Juris Publishing, Thomas E. Carbonneau (edit.), Países Bajos: Kluwer International Law, 1998, pp. 176-177.

BASEDOW, Jürgen (2010) "El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada", en BASEDOW, Jürgen y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (2010) **¿Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional?**, Asunción: CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, pp. 9-10.

BENEDETTELLI, Massimo (2016) "Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration: An Exercise in Conflicts" *Journal of International Arbitration*, vol. 6, Países Bajos: Kluwer Law International, 2016, p. 680

BERGER, Klaus Peter (1990) "To what extent should arbitrators respect domestic case law?", en BORTOLOTTI, Fabio and MAYER, Pierre (2014) *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Paris: DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, 2014, pp. 80-96.

BERMAN, Harold J. y DASSER, Félix J. (1990) "The 'new' law merchant and the 'old': sources, content, and legitimacy", *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Edición Revisada, Juris Publishing, Thomas E. Carbonneau (edit.), Países Bajos: Kluwer International Law, 1998 p. 65.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN Alan y HUNTER Martin (2009) **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Oxford University Press, 2009, p. 27.

BLESSING, Marc (1997) "**Choice of substantive law in international arbitration**", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, Issue 2, Países Bajos: Kluwer Law International, 1997, pp. 39-65.

BOELE-WOELKI, Katharina (2016) "¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales?" en: *Contratos Internacionales*, Diego Fernández Arroyo & José Antonio Moreno Rodríguez (edits), Washington: ASADIP-Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2016, pp. 93-116

BORN, Gary (2014), **International Commercial Arbitration**, Edition 2, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014, p. 2666.

BORTOLOTTI, Fabio y MAYER, Pierre (2014) **The Application of Substantive Law by International Arbitrators**, vol. 11, DOSSIERS, International Chamber of Commerce, ICC, Paris: Institute of World Business Law, 2014, pp. 7-8

BRUNNER, Christoph (2008) **Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration**, Países Bajos: Kluwer Law International, 2008, pp. 30-32

CRAIG, Laurence; PARK, William y PAULSSON, Jan (2000) **International Chamber of Commerce, Arbitration**, Edition 3, Oceana Publications, 2000, pp. 102-639.

CUNIBERTI, Gilles (2014) "The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws", en *University of Luxembourg Law Working Paper Series*, Luxemburgo: University of Luxembourg, 2014, pp. 3-5.

DAVID, Rene (1985) **Arbitration in International Trade**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer: Países Bajos, 1985, p. 13.

— (1969) "The International Unification of Private Law", *International encyclopedia of comparative law*, Paul Siebeck (edit.), vol. 2, cap. 5, Tübingen, Paris & New York, 1971, pp. 11-12.

DE LY, Filip; FRIEDMAN, Mark y RADICATI DI BROZOLO, Luca (2010) "International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations in Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", en *Arbitration International*, 2010, vol. 26, pp. 193-220.

DERAINS, Yves (1995) "The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, N° 2, 1995.

DERAINS, Yves (1995) "The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 2, 1995, p. 6.

DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant G. **Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order**, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1996, p. 75.

DRAHOZAL, Christopher R. (2003) "Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 20, 2003, p. 30.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (2013) "Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral", en: *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Dir.), Asunción y Bogotá: CEDEP y Universidad del Rosario, 2013, pp. 225-262.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (2016) "The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Transboundary Private Relationships", en: *Eppur si muove: The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), vol. 1, 2016, pp. 271-272.

— (2013) "Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral", en: **Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional**, Emmanuel Gaillard & Diego P. Fernández Arroyo (Dir.), CEDEP y Universidad del Rosario, Asunción y Bogotá, 2013, pp. 233-234.

— y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (eds.) (2016) **Contratos Internacionales**, ASADIP-Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, 2016, pp. 93-116.

FERRARI, Franco (2016) "How International Should International Arbitration Be? A Pea in Favour of a Realistic Answer", en **Eppur si muove: The age of Uniform Law – Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday**, vol. 1, UNIDROIT (edit.), 2016, p. 848.

GAILLARD, Emmanuel (2008), **Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional**, Editado por La Ley Paraguaya y CEDEP, Asunción: Thomson Reuters, 2010, p. 124.

GLENN, H. Patrick (2001) "An International Private Law of Contract", *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 58-59.

GOLDMAN, Berthold. (1964) "Frontières du droit et lex mercatoria", *Archives de philosophie du droit*, vol. 9, 1964, pp. 184 y ss.

GOODE, Roy (1997) "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", *International Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 16-29

— (2002) ***The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration***, vol. 8, Arbitration International, 1992, p. 1.

HASCHER, Dominique T. (1995) "European Convention on International Commercial Arbitration en *Yearbook of Commercial Arbitration*, Albert Jan van den Berg (ed.), European Convention (1961), 1995, pp. 1030-1031.

HORVATH, Günther J. (2011) "**The Judicialization of International Arbitration: Does the Increasing Introduction of Litigation-Style Practices, Regulations, Norms and Structures into International Arbitration Risk a Denial of Justice in International Business Disputes?**", en *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Stefan Michael Kröll, Loukas Mistelis, Piral Perales Viscasillas, Vikki Rogers (eds.), Países Bajos, Kluwer Law International, 2011, pp. 251-271.

JUENGER, Friedrich K. (1997) "Contract Choice of Law in the Americas", en: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, Winter, 1997, pp. 195-208.

— (2000) "The Lex Mercatoria and Private International Law", *Louisiana Law Review*, Summer, vol. 60, 2000, pp. 1139-1140.

LALIVE, Pierre (1984) "On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration" en: *Swiss Essays on International Arbitration*, C. Reymond and E. Bucher (eds.), Zurich, 1984, p. 28.

LANDO, Ole (2003) "Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Moving from Harmonisation to Unification", *Uniform Law Review*, 2003, p. 126.

LOWENFELD, Andreas F. (1990) "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View", *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement*, 2002, p. 72.

MAYER, Pierre (2002) "The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice", en *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their use in International Arbitration*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002, pp. 75-76.

MENKEL-MEADOW, Carrie; PORTER LOVE, Lela; KUPFER SCHNEIDER, Andrea / STERNLIGHT, Jean (2005) ***Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model***, Aspen Publishers, Nueva York, 2010, p. 449.

MICHAELS, Ralf. (2014) "The Unidroit Principles as Global Background Law", *Uniform Law Review*, 2014, pp. 643-668.

MICKLITZ, Hans W. (2016) "The Threefold Phenomena of Constitutionalisation in Private Law", en: *Eppur si muove: The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), vol. 1, 2016, pp. 168 y ss.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (2016) "The new Paraguayan Law on international contracts: back to the past?", en *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, vol. 2, UNIDROIT (edit.), 2016, pp. 1171-1173.

MOSK, Richard. M. (2005) "Comments on Enforceability of Awards", en *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress series N° 12, Beijing 2004, Albert Jan Van Den Berg (edit.), 327-336. Países Bajos: Kluwer Law International, 2005.

MUSTILL, Lord Justice (1989) "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years, Liber Amicorum for Lord Wilberforce", en: *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Maarten Bos & Ian Brownlie (edits), Oxford: Clarendon Press, 1999, pp. 149-181.

MUSTILL, Michael (1989) "Arbitration: History and Background", *Journal of International Arbitration*, vol. 6, Issue 2, Países Bajos: Kluwer Law International, 1989, pp. 43-56.

OPPETIT, Bruno (1998), ***Theorie de l'arbitrage***, Traducción al español de la versión francesa por Eduardo Silva Romero Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin: ***Teoría del Arbitraje***, Bogotá, Legis Editores, 2006, pp. 278-279.

PARK, William W. "Diary of Humphrey O'Sullivan, 6 January 1831" (2006), en William W. Park, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Segunda edición, Oxford, 2006, p. 423.

— (2016) "Fidelity to Contract Commitments in Commercial Arbitration: Contract Language and Change Circumstances", *Eppur si Muove: The Age of Uniform Law*, UNIDROIT, 2016, p. 893.

PAULSSON, Jan. (2013) ***The Idea of Arbitration***, United Kingdom: Oxford University Press, 2013, p. 232.

PERTEGÁS Marta y MARSHALL, Brooke Adele. (2014) "Harmonization through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, Issue 3, p. 979

REIMANN, Mathias (2006) "Comparative Law and Private International Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2006, pp. 1392-1393.

SÁNCHEZ CORDERO, Jorge (2016) "Les processus d'acculturation juridique. Réflexions mexicaines, Eppur si muove", ***The age of Uniform Law: Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday***, vol. 1, UNIDROIT, 2016, pp. 51 y ss.

SAUMIER, Genevieve y GAMA Jr, Lauro (2011) "Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", en: *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional*, Diego Fernández Arroyo, Juan José Obando, ASADIP, Jornadas de la ASADIP 2011, San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 62-63.

SCHULZ, Fritz (1951) ***Classical Roman Law*** Traducción española de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro: ***Derecho Romano Clásico***, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 13.

SILBERMAN, Linda y FERRARI, Franco (2010) "Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong", *Law and Economics Research Paper Series*, Franco Ferrari y Stefan Kröll (edits.), New York University School of Law, 2010, p. 34.

SMITS, Jan. M. (2004) "The Europeanisation of National Legal Systems", en *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Mark Van Hoecke (edit), Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 229-245.

SMIT, Hans (1990) "Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis", en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Edición Revisada, Juris Publishing, Thomas E. Carbonneau (edit), Países Bajos: Kluwer International Law, 1998, p. 109.

SYMEONIDES, Symeon C. (2000) "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law", *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York: Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 125-128

TEUBNER, Gunter (1997) "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, Winter, 1997, pp. 149-151.

VÁRADY, Tibor; BARCELÓ III, Jhon J. y VON MEHREN, Joan (1999) **International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective**, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2009, pp. 58-65.

VICENTE, Darío Moura (2016) "La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado", en **Contratos Internacionales**, ASADIP Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (eds.), Washington, 2016, p. 74.

VOGENAUER, Stefan (ed.) (2015) **Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)**, Second Edition, Oxford University Press, 2015.

VON MEHREN, Arthur Taylor (1992), "International Commercial Arbitration and Conflict of Laws" en: **The American Review: Essays in Honor of Hans Smit, The American Review of Arbitration**, The Parker Institute of Foreign and Comparative Law, Columbia University, vol. 3, N° 1-4, 1992, p. 62.

WOLFF, Martín (1936) **Derecho Internacional Privado**, Traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona: Bosch, 1958, p. 15.

<http://www.adejesus.com> (Último Acceso: 11 de enero de 2017).

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf> (Último acceso: 22 de diciembre de 2016).

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/index.html> (Último acceso: 27 de noviembre de 2016).

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010> (Último acceso: 22 de diciembre de 2016).

http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-anddiscussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration> (Último acceso: 14 de junio de 2014).

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (Último acceso: 27 de noviembre de 2016).

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Último acceso: 27 de noviembre de 2016).

www.unilex.info (Último acceso: 12 de enero de 2016).

