

Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional

Fecha de recepción: 10 de noviembre de 2012

Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2013

Nigel Blackaby*

Ricardo Chirinos**

Resumen: A pesar de su reconocimiento en diferentes jurisdicciones, la aplicación del principio *iura novit curia* al arbitraje comercial internacional ha sido objeto de debate. Desde el punto de vista más liberal, el principio es absolutamente aplicable al arbitraje comercial internacional, tal y como sería aplicado por un juez al dictar sentencia conforme a su derecho nacional, mientras que desde la postura más estricta, cualquier manifestación de este principio que permita a los árbitros tomar la iniciativa de traer nuevas cuestiones de derecho al proceso debe ser rechazada por completo. Partiendo de la premisa de que, por lo general, los miembros de un tribunal arbitral internacional no conocen el derecho aplicable a las controversias que se someten a su conocimiento, ni tienen experiencia o manejo práctico respecto a dicho derecho, la aplicación del principio *iura novit curia* de forma pura y simple no resultaría adecuada en el contexto del arbitraje comercial internacional

* LL.B., University of Exeter; Diplomado en Derecho Privado Francés, Université d'Aix-Marseille. Socio del grupo de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, Washington. y profesor adjunto de Arbitraje Internacional, American University Washington College of Law, Washington D.C. Correo electrónico: nigel.blackaby@freshfields.com

** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello; LL.M. Columbia Law School. Asociado del grupo de Arbitraje Internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, Washington. Correo electrónico: ricardo.chirinos@freshfields.com

Para citar este artículo: Blackaby, Nigel y Chirinos, Ricardo (2013), "Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional", *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional* vol. 6, pp. 77-93.

en razón de su naturaleza contractual y los intereses involucrados. Por otra parte, rechazar de plano la aplicabilidad del principio en el arbitraje comercial internacional implicaría atar de manos a los árbitros y crearía el riesgo de que se emitan laudos que ignoren o contradigan normas y principios del derecho aplicable, lo que podría afectar su validez y dar pie a que su validez y ejecución posterior se vean cuestionadas. En razón de lo anterior, para que el principio *iura novit curia* pueda ser aplicado en el contexto del arbitraje comercial internacional, dicho principio debe ser abordado desde una postura intermedia y sufrir una importante adaptación de forma que ciertas manifestaciones del mismo puedan ser aceptadas en casos excepcionales como una herramienta para que los árbitros puedan cumplir cabalmente con los deberes inherentes a su función decisoria, incluyendo el deber de no exceder la jurisdicción que les ha sido conferida, de dictar laudos válidos, ejecutables y apegados al derecho aplicable, de actuar en forma imparcial y de garantizar a las partes en todo momento derechos fundamentales derivados del debido proceso, como lo son el derecho a ejercer su defensa en forma adecuada y oportuna, así como el derecho a ser tratadas con igualdad.

Palabras clave: Principio *Iura novit curia*, arbitraje comercial internacional, derecho aplicable, función decisoria.

Abstract: Despite its recognition in different jurisdictions, the application of the *iura novit curia* principle in international commercial arbitration has been subject to debate. From the most liberal point of view, the principle is entirely applicable to international commercial arbitration in the same way that it would be applied by a judge when rendering a decision under his national law. However, from the most conservative standpoint, any manifestation of this principle allowing arbitrators to take the initiative in raising new legal issues during the proceedings must be completely rejected. Taking as a premise that, generally speaking, members of an international arbitral tribunal are not familiar with the law applicable to the disputes that are brought to them and that they have no experience or practical knowledge regarding such law, the application of the *iura novit curia* principle in its purest form would not be adequate in the context of international commercial arbitration given its contractual nature and the interests involved. On the other hand, an outright rejection of this principle in international commercial arbitration would tie the hands of arbitrators and create the risk of awards being rendered that either ignore or contradict rules or principles that form part of the applicable law, which could lead to challenges to their validity or later enforcement. For

this reason, in order for *iura novit curia* to be applied in the context of international commercial arbitration, an intermediate approach should be adopted. This involves a significant adaptation of the principle, so that some of its manifestations could be accepted in exceptional circumstances as a tool that arbitrators could use in order to fully comply with duties that are inherent to their decision-making function, including the duty not to exceed the jurisdiction conferred upon them by the parties, the duty to render awards that are valid, enforceable and in accordance with the applicable law, the duty to act in an impartial manner and the duty to guarantee at all times fundamental due process rights of the parties, such as the right to adequately and timely exercise their defense and the right to equality.

Key Words: *Iura novit curia* principle, international commercial arbitration, applicable law, decision-making function.

Resumo: Apesar de se reconhecer em diferentes jurisdições, a aplicação do princípio *iura novit curia* à arbitragem comercial internacional tem sido objeto de debate. Desde o ponto de vista mais liberal, o princípio é absolutamente aplicável à arbitragem comercial internacional, tal como seria aplicada por um juiz ao ditar sentença conforme a seu direito nacional, enquanto que desde a postura mais estrita, qualquer manifestação deste princípio que permita aos árbitros tomar a iniciativa de trazer novas questões de direito ao processo deve ser rejeitada completamente. Partindo da premissa de que, geralmente, os membros de um tribunal arbitral internacional não conhecem o direito aplicável às controvérsias que se submetem a seu conhecimento, nem têm experiência ou manejo prático respeito a dito direito, a aplicação do princípio *iura novit curia* de forma pura e simples não resultaria adequada no contexto da arbitragem comercial internacional em razão de sua natureza contratual e os interesses envolvidos. Por outra parte, rejeitar cabalmente a aplicabilidade do princípio na arbitragem comercial internacional implicaria atar de mãos aos árbitros e criaria o risco de que sejam emitidos laudos que ignorem ou contradigam normas e princípios do direito aplicável, o que se poderia afetar sua validade e dar lugar a que sua validade e execução posterior sejam questionadas. Em razão do anterior, para que o princípio *iura novit curia* possa ser aplicado no contexto da arbitragem comercial internacional, dito princípio deve ser abordado desde uma postura intermédia e sofrer uma importante adaptação de forma que algumas manifestações do mesmo possam ser aceitas em casos excepcionais como uma ferramenta para que os árbitros possam cumprir cabalmente

com os deveres inerentes a sua função decisória, incluindo o dever de não exceder a jurisdição que tem lhes sido conferida, de ditar laudos válidos, executáveis e apegados ao direito aplicável, de atuar em forma imparcial e de garantir às partes em todo momento direitos fundamentais derivados do devido processo, como são o direito a exercer sua defesa em forma adequada e oportuna, assim como o direito a ser tratadas com igualdade.

Palavras-chave: Princípio *Iura novit curia*, arbitragem comercial internacional, direito aplicável, função decisória.

I. Introducción

El aforismo *iura novit curia*, traducido comúnmente al castellano como “el juez conoce el derecho”, se refiere al poder del juez de realizar de oficio su propio análisis del derecho aplicable a las disputas sometidas a su conocimiento, esto es, con prescindencia de los argumentos escritos u orales que al respecto hagan las partes durante el proceso. Se trata de un principio general del derecho recogido en diversas legislaciones que, si bien es aplicado por los jueces en diferentes jurisdicciones al decidir litigios a nivel doméstico, en el campo del arbitraje comercial internacional no es unánimemente aceptado.

Aunque algunos centros de arbitraje han adoptado reglas que parecerían incorporar el principio *iura novit curia*,¹ la mayoría, incluyendo la Cámara de Comercio Internacional (CCI), no han seguido el mismo camino. Esto ha llevado a que el principio *iura novit curia* sea objeto de posturas diversas, que van desde su irrestricta aceptación hasta su rotundo rechazo.

1 Por ejemplo, el artículo 22(1)(c) de las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés) de 1998, establece lo siguiente: “Salvo que las partes en cualquier momento acuerden algo distinto por escrito, el Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, pero en cualquier caso luego de dar a las partes una oportunidad razonable para expresar su posición: [...] (c) realizar las indagaciones que a juicio del Tribunal Arbitral sean necesarias u oportunas, incluyendo si, y en qué medida, el Tribunal Arbitral debe por sí mismo tomar la iniciativa de identificar los asuntos y determinar los hechos relevantes y el derecho o las reglas de derecho aplicables al arbitraje, al fondo de la disputa entre las partes o al Acuerdo de Arbitraje” (traducción libre). *Ver también*, Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Arbitraje Internacional, Económico y Comercial de China de 2012, artículos 33, 41 y 47, y Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur de 2013, artículo 24(d).

En este breve artículo abordamos el principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional desde una postura intermedia que acepta la aplicabilidad de algunas de sus manifestaciones pero, con importantes adaptaciones y limitaciones, se intenta poner en una balanza los deberes de los árbitros en el ejercicio de su función decisoria y los derechos de las partes al debido proceso, tomando en consideración el origen contractual del arbitraje.

II. Origen del principio *iura novit curia* y la necesidad de su adaptación

Los principios generales aplicables al arbitraje comercial internacional pueden dividirse, según su origen, en dos grandes categorías. En primer lugar se encuentran los principios generales que derivan del derecho nacional y que tienen cabida en el arbitraje comercial internacional principalmente (i) por vía del derecho sustantivo aplicable, si se trata de principios relativos al fondo de la controversia, (ii) a través de las reglas de la sede del arbitraje, la llamada *lex arbitri*, si se trata de principios relativos a las reglas procesales del arbitraje mismo o (iii) a través del derecho que rige el acuerdo de arbitraje, si se trata de principios relativos a la existencia, validez o ejecución de dicho acuerdo. En segundo lugar, existen los principios del arbitraje comercial internacional que derivan (a) de la selección del reglamento arbitral aplicable y (b) de la influencia de las reglas comúnmente aceptadas como representativas de las mejores prácticas en materia de arbitraje internacional recogidas en “reglas” de *soft law*, tales como las Reglas de la *International Bar Association* (IBA) sobre la práctica de la prueba en el arbitraje internacional o las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional.

El principio *iura novit curia* entra en la primera de las categorías antes mencionadas. Sus orígenes se remontan al derecho romano² y de allí ha trascendido al derecho nacional de diferentes jurisdicciones, especialmente de derecho civil, en donde es considerado como un principio de derecho procesal³ por estar relacionado con un aspecto inherente a la función jurisdiccional. En virtud de este principio, el juez, quien se presume que “conoce

2 Saas, S., “Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey”, 16 *American Journal of Comparative Law* 332, 1968, pp. 349 y 351.

3 Spagnolo, L., “Iura Novit Curia and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole”, en: *Towards Uniformity: the 2nd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, 2011, p. 184.

el derecho”, tiene la libertad o incluso la obligación de determinar el derecho aplicable, identificar las normas o principios relevantes para la decisión de la controversia y aplicarlas según su propio criterio al dictar su sentencia. Así, cuando un juez resuelve una controversia bajo su derecho nacional, en aplicación de este principio el juez no se encuentra restringido por los argumentos de las partes, por las normas invocadas o por las caracterizaciones jurídicas que éstas hayan realizado.⁴

Siendo esta su naturaleza, la aplicabilidad del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional debe ser necesariamente producto de su adaptación a las necesidades y características propias de esta disciplina, tomando en cuenta las diferencias entre las circunstancias que rodean el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de un juez y las que rodean la función de un tribunal arbitral internacional a la hora de dictar un laudo. Se trata de dos mundos distintos⁵ y el contraste desde el punto de vista de la aplicación del derecho que rige en una determinada controversia es evidente pues cuando el juez dicta su sentencia lo hace conforme a su propio derecho nacional, que se presume conoce a profundidad, mientras que los miembros de un tribunal arbitral internacional en muchos casos son neutros, no han sido educados sobre el derecho aplicable a la controversia y no cuentan con experiencia previa en la aplicación o manejo práctico del mismo.⁶

Para dar un poco de contexto, de acuerdo con estadísticas de la CCI, solo en 2009 el derecho de 91 diferentes jurisdicciones fue aplicado en 817 casos.⁷ Por tanto, no es posible afirmar y mucho menos presumir en el contexto de un arbitraje comercial internacional —o al menos en la mayoría de estos— que los árbitros siempre “conocen el derecho”. El caso es precisamente el contrario muchas de las veces y es por ello que en el arbitraje comercial internacional las partes deben asumir la responsabilidad de proponer al

4 International Law Association, *Final Report on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 2008, p. 3.

5 Blackaby, N. Partasides, C., Redfern, A. y Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ta Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 313.

6 A pesar de que el conocimiento del derecho aplicable a la controversia puede ser un criterio importante a la hora de seleccionar a un árbitro para un caso determinado, este no es siempre el caso. Ver Born, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn., 2009, Vol. I, pp. 1386-1387; Kaufmann-Kohler, g., “The Arbitrator and the Law: Does He/She Know it? Apply it? How? And a Few More Questions”, *21 Arbitration International*, 2005, p. 631.

7 *ICC Bulletin*, Volúmen 21(1) 2010, p. 12.

tribunal sus argumentos y demostrar que los mismos están suficientemente fundamentados y son procedentes conforme al derecho aplicable, para lo cual pueden valerse de diferentes medios, incluyendo referencias a textos de derecho positivo, doctrina, jurisprudencia o la utilización de expertos legales que puedan educar al tribunal sobre las cuestiones de derecho relevantes para la decisión de la controversia.

Si la responsabilidad primaria sobre la determinación del derecho aplicable recayese sobre los árbitros, estos necesariamente tendrían que dominar el derecho aplicable a cada caso que se somete a su conocimiento, lo que requeriría abarcar una gran cantidad de ordenamientos jurídicos diferentes que incluso podrían ser aplicables en simultáneo si en la disputa en cuestión el derecho sustantivo, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje y la *lex arbitri* son distintos. De ser esto así, el *pool* (ya reducido) de árbitros calificados se vería mermado de manera significativa y sería virtualmente imposible conformar verdaderos tribunales internacionales con miembros neutrales e imparciales, sin vinculación alguna con los países de origen de las partes, y sin prejuicios ni ideas preconcebidas sobre el derecho aplicable a la controversia. Por ello, la aplicación del principio *iura novit curia* no resulta apropiada en el arbitraje comercial internacional, al menos en la misma forma en que dicho principio es utilizado por los jueces al momento de dictar su sentencia conforme a su derecho nacional.

Si bien podría pensarse en asimilar la labor de los árbitros con la de los jueces nacionales cuando les corresponde resolver una controversia no conforme a su derecho nacional sino conforme a un derecho extranjero, esta alternativa tampoco es del todo satisfactoria. Entre otras razones, la manera de determinar y aplicar el derecho extranjero varía de jurisdicción en jurisdicción y ello no permite extraer principios que puedan ser aplicados de manera uniforme en el contexto del arbitraje internacional.⁸ Además, a diferencia de un juez local llamado a decidir una controversia conforme a un derecho extranjero, un tribunal arbitral internacional no tiene la opción de aplicar su propio derecho nacional en caso de que ciertos aspectos del derecho aplicable

8 En algunas jurisdicciones, los jueces tienen amplios poderes para determinar el contenido del derecho extranjero y aplicarlo por iniciativa propia en sus decisiones, en otras los jueces deben limitarse a la aplicación del derecho extranjero según lo alegado y probado por las partes como si se tratara de una cuestión de hecho y, en otras tantas, si bien la argumentación del derecho extranjero recae sobre las partes, la responsabilidad sobre su determinación es compartida con los jueces. Ver International Law Association, *Final Report on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 2008, p. 8-9.

al fondo de la controversia no hayan sido suficientemente determinados o desarrollados por las partes.

En razón de las anteriores consideraciones, el principio *iura novit curia* no puede trasladarse al campo del arbitraje comercial internacional en forma automática y sin sufrir transformación alguna. A pesar de que se trata de un principio que deriva del derecho nacional, los orígenes de la jurisdicción de tribunal arbitral, las necesidades de la práctica arbitral y los diferentes intereses involucrados exigen ajustes al mismo.

III. Diferentes posturas respecto a la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional

La divergente aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional ha llevado a posiciones extremas que van desde su irrestricta aceptación hasta su completo rechazo. Tal y como lo explicamos a continuación, las posiciones más extremas generan serios inconvenientes, por lo que la solución que parece más satisfactoria y consistente con la práctica internacional moderna viene de la mano de una postura intermedia en la que se puedan equilibrar tanto los deberes y poderes del tribunal arbitral a la hora de dictar su laudo, como los derechos de las partes dentro del proceso.

1. La aceptación irrestricta del principio *iura novit curia*

De tomarse la posición más liberal, el principio *iura novit curia* permitiría a un tribunal arbitral fundamentar sus decisiones no solo con base en los argumentos presentados por las partes, sino también con base en nuevos argumentos que el tribunal pueda desarrollar de oficio y que estén basados en normas o principios que no hayan sido ventilados durante el arbitraje. En nuestra opinión, aceptar que el principio *iura novit curia* se aplique de esta forma resultaría contrario a varios pilares del arbitraje internacional como lo son el consentimiento, el deber del tribunal dictar un laudo válido y ejecutable, el derecho a la defensa, el deber del tribunal de actuar de forma imparcial y el principio de igualdad entre las partes.

Respecto al consentimiento, de allí deriva primordialmente la autoridad del tribunal arbitral para decidir los asuntos que son objeto de contradicción por las partes. Por ello, en caso de decidir sobre asuntos que no formen parte del contradictorio, el tribunal estaría actuando fuera de los límites de su jurisdicción y, en consecuencia, contra la propia voluntad expresada por las partes al someter su disputa a arbitraje. Esto implicaría además atentar contra

la prohibición de *ultra petita* y *extra petita*, según la cual el tribunal no puede conceder a las partes nada más allá de lo reclamado, ni nada diferente.⁹ Asimismo, al decidir sobre asuntos que no han sido controvertidos los tribunales arbitrales darían también pie a que la validez de sus laudos sea cuestionada,¹⁰ con lo cual estarían faltando a su deber de emitir un laudo válido y ejecutable.¹¹

Por otra parte, permitir a un tribunal arbitral decidir una controversia con base en argumentos totalmente nuevos que no fueron debatidos por las partes durante el proceso sería necesariamente contrario al derecho a la defensa pues se estaría privando a las partes de la oportunidad de expresar su posición y exponer sus alegatos respecto a los fundamentos sobre los cuales el tribunal basó su decisión.¹² Más grave aún, si el tribunal en su

9 En el caso *Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V.*, por ejemplo, la Corte Superior de Quebec anuló un laudo arbitral que había concedido al demandante algo distinto a lo que había solicitado en su petitorio, basándose en argumentos que no habían sido desarrollados por las partes durante el proceso. La disputa tenía por objeto un contrato de *joint venture* fallido y la Corte Superior de Quebec procedió a anular el laudo en virtud de que la valuación y derecho de venta concedidos por el tribunal habían sido diseñados de acuerdo a la propia percepción del tribunal arbitral de lo que era “justo y equitativo” en vez de respetar los límites del mandato del tribunal arbitral que las partes habían consentido y acordado. Ver *Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V.*, 2008, QCCS 5903, disponible en <http://www.mcgill.ca/arbitration/othercases/>

10 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. V(1)(c). Ver también Ley Modelo de la CNUDMI, 1985 (con las enmiendas aprobadas en 2006), arts. 34(2)(a)(iii) y 34(2)(a)(iv).

11 Por ejemplo, el artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012 establece que: “En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el tribunal arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal”. Ver también, Reglas de Arbitraje de la LCIA de 1998, art. 32.2; Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 2010, art. 47 y Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 2002, art. 62(e).

12 En el año 2007 la Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales anuló un laudo arbitral por la indebida aplicación del principio *iura novit curia* en el caso *OOO Northern Shipping Company vs. Remolcaderos de Marín SL*. En este caso, los abogados de los vendedores habían procedido a formular sus alegatos asumiendo que un aspecto determinado no estaba en disputa y, por tanto, no debía ser desarrollado. El tribunal arbitral, sin embargo, sin haber invitado a las partes a pronunciarse al respecto, utilizó este aspecto como uno de los pilares para su conclusión. La alta corte de justicia concluyó que esto configuraba una “seria irregularidad” capaz de provocar una “injusticia sustancial” para los compradores, por lo cual procedió a la anulación del laudo según los términos del *Arbitration Act* de 1996. Ver *OOO Northern Shipping Company vs. Remolcaderos de Marín SL*, 15 de junio de 2007, [2007] EWHC 1821 (Comm).

laudo invoca defensas que no han sido opuestas por la parte demandada, sería equivalente a suplir sus cargas procesales y curar las deficiencias en sus argumentos, lo que atentaría contra el deber de imparcialidad del tribunal y el principio de igualdad entre las partes.¹³ Lo mismo ocurriría en caso que el tribunal decida modificar el fundamento de la pretensión del demandante según su propio criterio jurídico por considerar la pretensión original improcedente y condene al demandado con base en un fundamento distinto. Por ejemplo, si el demandante reclama únicamente daños y perjuicios por incumplimiento contractual y el tribunal arbitral considera que tal reclamo no es procedente pero declara la responsabilidad extra-contractual del demandado por enriquecimiento sin causa, el tribunal estaría sustituyéndose en el rol del demandante y concediéndole una pretensión que este último, consciente o inconscientemente, no formuló durante el proceso.¹⁴

Con relación a lo anterior, la *International Law Association* ha reconocido que “los árbitros que intenten desarrollar cuestiones de derecho en estricta aplicación del *iura novit curia* corren con el riesgo de quitarle el arbitraje a las partes y mostrarse parcializados”.¹⁵ Por esta razón la misma asociación ha recomendado a los árbitros abstenerse en general de introducir nuevos argumentos de derecho que puedan tener algún impacto en la resolución de la disputa y que las partes no hayan traído al proceso.¹⁶ Compartimos este criterio plenamente y, por las razones antes explicadas, consideramos que la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional desde una postura extremadamente amplia y sin limitaciones no sería sostenible.

13 En el contexto del arbitraje internacional de inversiones, reconocidos autores se han mostrado de acuerdo con esta postura. Ver Paradell, LL y Newcombe, A., *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 90.

14 En el contexto del arbitraje internacional de inversiones, el mismo ejemplo fue citado por un comité *ad hoc* del CIADI al reconocer que un tribunal arbitral no puede “al formular sus propias teorías y argumentos (...) exceder el ‘marco legal’ establecido por el Demandante y el Demandado”, por ejemplo, al decidir la controversia “sobre la base de responsabilidad extra-contractual cuando los argumentos de las partes estuvieren basadas en [responsabilidad] contractual”. *Klöckner c. Camerún*, Caso CIADI n.º ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985, párr. 91.

15 International Law Association, *Final Report on Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 2008, p. 22.

16 International Law Association, Resolución n.º 6/2008, 21 de agosto de 2008, Recomendación n.º 6.

2. El rechazo absoluto del principio *iura novit curia*

En el otro extremo se encuentran quienes niegan por completo la aplicabilidad del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional. Por ejemplo, esta es la posición asumida por Yves Derains, quien ha afirmado que “el adagio *iura novit curia* no tiene lugar en materia de arbitraje y mucho menos en materia de arbitraje internacional”.¹⁷ Coincidimos en que el *iura novit curia* indudablemente no es aplicable en el arbitraje internacional de la misma forma en que es aplicado por los jueces a nivel doméstico pues no puede afirmarse o presumirse que los árbitros “conocen el derecho”. Sin embargo, no creemos que por ello toda manifestación de este principio deba ser rechazada en la práctica arbitral.

Por ejemplo, si las partes han pasado por alto principios fundamentales del derecho aplicable o de orden público en sus argumentos, los árbitros deben tener la facultad de identificar estos principios y brindar a las partes una oportunidad razonable de pronunciarse al respecto y presentar sus argumentos. De lo contrario, se ataría de manos a los árbitros y se crearía el riesgo de que los tribunales arbitrales emitan laudos violatorios del derecho aplicable o con base en conclusiones superfluas, formadas sin que los árbitros estén satisfechos con los argumentos presentados por las partes o con las fuentes provistas en soporte de dichos argumentos. En algunos casos puede ser de interés para ambas partes no llevar al proceso arbitral cuestiones de orden público, tales como la aplicación de normas sobre libre competencia o sobre control de armas o sustancias químicas bajo el derecho aplicable que rija la controversia. Si en tales circunstancias el tribunal identifica alguna norma de esta naturaleza que haya sido omitida por las partes y que incida de modo determinante en la decisión del caso, no puede quedarse de brazos cruzados y pasar dicha norma por alto.

17 Yves Derains, “Observations”, Cour d’Appel de Paris (1re Ch. C), 13 de noviembre de 1997, *Lemeur v. SARL Les Cités invisibles*, 1998, *Revue de l’Arbitrage* (Kluwer Law International, n.º 4), p. 711. Aunque la afirmación se hace en términos absolutos, Derains se refiere al principio *iura novit curia* considerado en un sentido estricto. Esto es claro del texto que acompaña dicha afirmación y que expresa lo siguiente: “Para que un verdadero debate contradictorio se establezca, es indispensable que el árbitro invite a las partes a explicar los efectos de las reglas de derecho que pretende aplicar en todas las hipótesis donde éstas no lo han hecho espontáneamente” (traducción libre). En nuestra opinión, el proceder sugerido por Derains constituiría una manifestación válida del principio *iura novit curia* interpretado en un sentido amplio.

En virtud de lo anterior, existen razones de peso para considerar que en determinadas circunstancias, ciertas manifestaciones del principio *iura novit curia* puedan resultar procedentes, respetando el derecho a la defensa y la igualdad de las partes.

3. La versión adaptada del principio *iura novit curia*

Ante los problemas que generan las posturas extremas que se describen anteriormente, es inevitable concluir que la forma más adecuada para abordar la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional es a través de una postura intermedia que responda a la necesidad de poner todos los intereses involucrados en una balanza. El análisis de esta postura intermedia parte de considerar los deberes y poderes del tribunal arbitral en el ejercicio de su función decisoria, así como los derechos de las partes dentro del proceso.

Por un lado, un tribunal arbitral debe analizar los argumentos de las partes y llegar con un grado suficiente de convicción a las conclusiones necesarias para decidir las controversias que se someten a su conocimiento. Para ello, sin embargo, el tribunal debe poder contar con la libertad suficiente para formar sus conclusiones con las herramientas que considere razonablemente necesarias, incluyendo la posibilidad de indagar sobre el derecho aplicable para aclarar dudas y verificar la veracidad, precisión y validez de los argumentos presentados por las partes.

Por ejemplo, si un tribunal arbitral cita en su laudo jurisprudencia o doctrina no referida por las partes en sus argumentos orales o escritos para apoyar sus conclusiones respecto a cuestiones sobre las cuales las partes ya han tenido la oportunidad de expresar su posición, o si el tribunal desarrolla en *dicta* nuevos argumentos sobre un determinado aspecto de la disputa, ¿esto debería ser cuestionado? Consideramos que la respuesta debe ser negativa pues, para que la aplicación del principio *iura novit curia* resulte excesiva, el tribunal arbitral tendría que basarse en una teoría jurídica completamente nueva sobre la cual las partes no hayan tenido oportunidad de presentar su posición y dicha teoría deba ser decisiva para la resolución de la disputa.

En nuestra opinión, es natural e incluso una práctica aconsejable que los miembros de un tribunal arbitral, en caso de tener legítimas dudas sobre puntos concretos de derecho, puedan indagar por su propia cuenta para aclararlas y tomar en cuenta los resultados de dichas indagaciones a la hora de analizar los argumentos de las partes y formar su criterio. Esto puede ocurrir, por ejemplo, al momento de determinar del alcance de determinadas

normas o principios invocados por las partes o para confirmar si una determinada interpretación responde al criterio mayoritariamente aceptado en la jurisdicción cuyo derecho nacional está siendo aplicado. En la medida en que lo anterior no lleve a los árbitros a desarrollar argumentos nuevos o invocar nuevas normas o principios que las partes no han alegado y sobre los cuales no han tenido oportunidad de pronunciarse, estaríamos entonces en presencia de manifestaciones legítimas del principio *iura novit curia*, no susceptibles de cuestionamiento alguno.

En este mismo sentido, si dentro de su análisis del derecho los árbitros identifican alguna norma o principio que ha sido ignorado por las partes y que podría ser crucial para la decisión del caso, ¿debe el tribunal simplemente ignorar dicha norma o principio por el simple hecho de que las partes no los hayan alegado o debatido? La respuesta aquí debe ser también negativa, sobre todo si se toma en cuenta que los argumentos de las partes son, o debe presumirse que sean, cuidadosamente seleccionados, por lo que la omisión de determinadas normas o argumentos muchas veces resulta de una decisión consciente y premeditada que no debe privar al tribunal de su labor de emitir un laudo estrictamente apegado al derecho. A título de ejemplo, si dentro del análisis del derecho aplicable hecho por el tribunal los árbitros determinan que el reclamo del demandante podría ser desechado por haber transcurrido el lapso de prescripción, el tribunal debería solicitar a las partes, sin adelantar opinión, que expongan sus argumentos en relación con este punto. Un tribunal diligente no podría dejar esto pasar y obviar la prescripción de un reclamo en forma consciente para luego emitir un laudo a favor del demandante cuando exista al menos una duda razonable respecto de su procedencia.

El mismo resultado ocurriría cuando las normas omitidas sean de orden público bajo el derecho aplicable, las cuales aplicarían con carácter imperativo y no podrían ser obviadas por el tribunal sin poner en riesgo la validez del laudo y su posterior reconocimiento y ejecución. Esto ocurriría, por ejemplo, si las partes solicitan al tribunal resolver una controversia por incumplimiento de un contrato para la venta de armamento que el tribunal sospeche pueda ser ilícito conforme a una determinada norma que forme parte del derecho aplicable (por ejemplo, un tratado internacional) pero cuya ilicitud no haya sido invocada por ninguna de las partes. En este tipo de casos, el tribunal debe consultar a las partes sobre la aplicabilidad e implicaciones de dicha norma para que estas puedan ejercer su derecho a la defensa adecuadamente y no se vean sorprendidas si el tribunal decide utilizar la norma en cuestión como fundamento para su decisión.

Por otro lado, los árbitros deben realizar su labor sin exceder el mandato que las partes le han dado para tal fin, lo que requiere que cualquier cuestión legal adicional o argumento nuevo que pueda traer el tribunal al proceso sea crucial para la decisión de la disputa y que dichas cuestiones o argumentos estén directamente relacionados con las materias que las partes han consentido someter a arbitraje.

Adicionalmente, ante este tipo de iniciativas es necesario preservar el derecho a la defensa y dar a cada una de las partes la posibilidad de presentar sus argumentos de manera oportuna y suficiente en relación con todos los fundamentos de derecho sobre los cuales el tribunal arbitral construya su decisión. En este sentido, utilizando el mismo ejemplo anterior sobre prescripción, el tribunal puede, como dijimos, solicitar a las partes que fijen su posición al respecto y esto debe ocurrir idealmente antes de la audiencia de fondo pues para ese momento ya las partes deben estar al tanto de las cuestiones de derecho que serán objeto de debate o de interés para el tribunal a efectos de preparar su defensa adecuadamente.¹⁸ Sin ninguna duda, conocer las cuestiones de derecho que el tribunal considerará al momento de tomar su decisión tiene un impacto significativo sobre la forma en la cual las partes presentan su caso ante el tribunal, incluyendo los hechos que podrían ser relevantes para esta cuestión de derecho (y, por lo tanto, tendrían que ser probados a través de documentos contemporáneos o testigos).¹⁹ En consecuencia, descubrir tarde en el proceso que una determinada norma que no ha sido discutida previamente será tomada en cuenta en el laudo podría resultar en un grave perjuicio.

No obstante lo anterior, si por la dificultad del caso o por alguna otra razón de peso el tribunal descubre en una etapa avanzada del proceso una determinada norma o argumento que no ha sido debatido pero que incidirá sobre su decisión, el tribunal debe permitir a las partes, no solo presentar sus argumentos, sino también tener la oportunidad de presentar

18 Además, al proceder de esta manera los árbitros podrían aprovechar al máximo la presencia de las partes y, de ser el caso, de sus expertos legales, durante la audiencia para aclarar sus inquietudes y despejar cualquier duda que puedan tener respecto de las normas y principios que servirán de fundamento para tomar su decisión.

19 Por ejemplo, si el tribunal solicita información respecto a la prescripción de alguno de los reclamos del demandante oportunamente, esto le permite al demandante presentar pruebas adicionales o referirse a hechos adicionales o distintos a los que hubiesen sido alegados en sus memoriales, permitiéndole hacer énfasis en otros reclamos u otros hechos o pruebas referentes al reclamo cuestionado durante la audiencia de fondo.

evidencia adicional, incluyendo informes de testigos y expertos en la medida en que lo consideren necesario. Esto, por un lado, blindaría el proceso de potenciales cuestionamientos y, por otro lado, garantizaría que, con respecto a cada fundamento de derecho invocado por el tribunal y en todas las instancias del proceso, las partes tuvieron la posibilidad de ejercer su defensa adecuadamente.

IV. Conclusión

Hemos visto cómo el principio *iura novit curia* no puede ni debe ser aplicado en el arbitraje comercial internacional en forma pura y simple, tal y como lo haría un juez local aplicando su derecho nacional. En muchos casos, los miembros de un tribunal de arbitraje comercial internacional no son expertos ni cuentan con experiencia práctica en relación al derecho aplicable a la controversia que son llamados a decidir, lo que impide que en este campo se pueda presumir que estos siempre “conocen el derecho”. Por esta razón, las partes como regla general en el arbitraje comercial internacional tienen a su cargo la responsabilidad de educar al tribunal en lo que respecta al derecho aplicable y su contenido. Por un lado, esto trae como consecuencia que los argumentos que estas aportan al proceso y los fundamentos de sus reclamos constituyan el marco jurídico del cual los árbitros deben extraer las bases para dictar su laudo. Por el otro, esto implica que las pretensiones de las partes y las cuestiones que forman el contradictorio determinen los límites de la jurisdicción del tribunal. Fuera de este marco jurídico y de los límites jurisdiccionales referidos, el margen de acción de un tribunal arbitral en lo que respecta a la aplicación principio *iura novit curia* debe estar limitado a circunstancias muy excepcionales derivadas de la necesidad de dar estricto cumplimiento a los deberes del tribunal en ejercicio de su función decisoria, sin que ello comporte el sacrificio de los derechos de las partes dentro del proceso.

Entre otros deberes, corresponde a los tribunales de arbitraje internacional asegurar que sus laudos sean válidos, ejecutables y conforme a derecho. Siendo ello así, no puede esperarse que estos asuman una actitud pasiva respecto a la determinación del derecho aplicable cuando existan serias dudas respecto a la aplicabilidad o alcance de normas o principios fundamentales, siempre que tengan o razonablemente puedan tener un impacto crucial sobre la resolución de la disputa e incidan directamente sobre las materias sometidas por las partes a arbitraje.

En los supuestos anteriores, sin embargo, es imperativo que ante cualquier iniciativa por parte del tribunal de traer al proceso nuevas normas, principios o argumentos que no hayan sido objeto de debate durante el proceso, las partes tengan una oportunidad razonable para fijar su posición y garantizar su derecho a la defensa. Esto, en nuestro criterio, debe ocurrir como regla general antes de la audiencia de fondo de modo que las partes puedan preparar su defensa apropiadamente, tomando las decisiones estratégicas que consideren necesarias con base en las normas, principios o argumentos sobre los cuales el tribunal haya mostrado su interés.

Por último, aunque no menos importante, es preciso tener en cuenta que cualquier manifestación del principio *iura novit curia* por parte de un tribunal arbitral puede ser susceptible de poner en tela de juicio la imparcialidad del tribunal. En tal sentido, cualquier iniciativa del tribunal de traer normas, principios o argumentos nuevos al proceso debe ser cuidadosamente considerada pues no puede pretenderse usar el principio *iura novit curia* como pretexto para subsanar deficiencias en los argumentos de las partes, invocar defensas no opuestas o cambiar sus pretensiones. De lo contrario se estaría quebrantando la igualdad de las partes que debe persistir durante todas las fases del proceso, entre las que se encuentra naturalmente la fase decisoria.

Bibliografía

Libros y artículos

- Blackaby, N., Partasides, C. con Redfern, A. y Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- Born, G. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009 (Vol. I).
- Derains, Y., “Observations – Cour d’appel de Paris (1re Ch. C), 13 de noviembre de 1997, Lemeur v. SARL Les Cités invisibles”, *Revue de l’Arbitrage*, 1998 (Kluwer Law International, n.º 4).
- Kaufmann-Kohler, G., “The Arbitrator and the Law: Does He/She Know it? Apply it? How? And a Few More Questions”, en *Arbitration International* (Vol. 21), 2005, p. 631.
- Paradell, L. y Newcombe, L., *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Sass, S., “Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey”, en *American Journal of Comparative Law* (Vol. 16), 1968, p. 332.

Spagnolo, L., “Iura Novit Curia and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole”, en *Towards Uniformity: the 2nd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, 2011.

Decisiones

Klöckner c. Camerún, Caso CIADI n.º ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985.

Louis Dreyfus S.A.S. c. Holding Tusculum B.V., 8 de diciembre de 2008, 2008 QCCS 5903, disponible en <http://www.mcgill.ca/arbitration/>

othercases/, consultado por última vez el 29 de agosto de 2013.

OA Northern Shipping Company c. Remolcaderos de Marín SL, 15 de junio de 2007, [2007] EWHC 1821 (Comm).

Estatutos, convenciones, reglas de arbitraje y otros

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.

ICC Bulletin (Vol. 21).

International Law Association, *Resolución n.º 6/2008*, 21 de agosto de 2008.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985 (con las enmiendas aprobadas en 2006).

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, 2013.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012.

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de China, 2012.

Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 2010.

Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2002.

Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, 1998.