



El laudo

Dr. Gonzalo Stampa

STAMPA ABOGADOS

Stampa Abogados cuenta con un equipo de profesionales con amplia experiencia en arbitraje nacional e internacional.

Nuestra práctica en la materia abarca tanto la función de abogado, como la de árbitro o secretario de tribunal. Nos avala la participación, hasta la fecha, en más de 160 procedimientos arbitrales, tanto ad hoc, como administrados bajo los reglamentos de las principales instituciones arbitrales nacionales e internacionales, en sedes europeas, americanas y asiáticas.

Como abogados representamos habitualmente sociedades privadas y empresas estatales, diseñando y aplicando estrategias coordinadas de defensa de sus intereses en controversias nacionales y transnacionales relacionadas, principalmente, con el asesoramiento en proyectos internacionales de construcción a largo plazo, en proyectos complejos de ingeniería y construcción de plantas químicas, petroquímicas e industriales, en proyectos de ingeniería civil, en contratos de construcción llave en mano, en compraventa de activos societarios, en compraventa internacional de mercaderías y en controversias sobre la protección de la inversión extranjera.

El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional, ni asesoramiento jurídico alguno

© Stampa Consult S.L 2020, Madrid
Todos los derechos reservados

Los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual de esta obra son propiedad exclusiva de Stampa Consult S.L. Ninguna parte de este trabajo puede reproducirse, distribuirse, comunicarse, traducirse o adaptarse en forma alguna o por medio alguno, salvo en los casos permitidos por la ley, sin un permiso previo por escrito de Stampa Consult, S.L.. Puede solicitar el permiso enviando un mensaje a a.sauvageot@stampaabogados.com

Stampa
abogados

ÍNDICE

I.	Su contenido.....	4
II.	Tipología y principios informantes.....	4
III.	Deliberación.....	6
IV.	Normativa aplicable	8
V.	La actuación de las partes	12
VI.	Costas	13
VII.	La redacción del laudo.....	14
VIII.	Subsanación y nulidad del laudo	14
IX.	Fuentes	16

I. SU CONTENIDO

1. El laudo es el colofón del procedimiento arbitral e instrumenta la decisión motivada y definitiva de la controversia, vinculante y con valor de cosa juzgada para las partes firmantes del acuerdo arbitral (*non potest arbiter inter alios iudicando alterius ius mutare*).¹

2. Su contenido está basado en la previa selección de argumentos resultantes de la combinación de tres actuaciones intelectuales principales: (i) la determinación de los hechos probados por las partes durante el procedimiento; (ii) la ponderación de las circunstancias concurrentes en la controversia analizada; y (iii) la calificación de ambas – hechos probados y circunstancias concurrentes- dentro, al menos, de las normas jurídicas acordadas como aplicables por las partes.

3. Sobre esta base, el árbitro puede articular su razonamiento, con una triple finalidad: (i) resolver las cuestiones litigiosas planteadas por las partes; (ii) razonar la selección de los argumentos empleados para alcanzar la decisión contenida en su parte dispositiva; y (iii) propiciar su cumplimiento voluntario por las partes.

II. TIPOLOGÍA Y PRINCIPIOS INFORMANTES

4. Los laudos pueden clasificarse en laudos de carácter terminal y laudos de carácter parcial. Los laudos de carácter terminal son el laudo final,² el laudo complementario³ y el laudo transaccional.⁴ Los laudos de carácter parcial solucionan las

¹ D. 33, 2, 31.

² El laudo final decide sobre las pretensiones que las partes han sometido al árbitro y que, en consecuencia, pone fin al procedimiento arbitral, bien sea en relación con la totalidad de la controversia, bien respecto a una parte de la misma. Decide, pues, sobre el fondo del asunto y tiene un carácter eminentemente sustantivo (v.gr., rescisión de un contrato, indemnización por daños y perjuicios, declaración de responsabilidad por daños...). De él derivan efectos importantes al determinar: la fecha en que se ha dictado a efectos de los plazos que se cierran y se abren a partir de esta circunstancia, establecer la terminación de la función de los árbitros y la posibilidad de ejercer la acción de anulación

³ El laudo complementario acompaña al final, en el caso de que las partes hayan solicitado del árbitro una aclaración. Tiene carácter independiente y autónomo del laudo final.

⁴ El laudo transaccional instrumenta el acuerdo de las partes sobre la controversia, antes de haber agotado el procedimiento.

cuestiones suscitadas, aprovechando la flexibilidad del arbitraje y se clasifican en parciales⁵ e interlocutorios.⁶

Los laudos se diferencian de las órdenes procedimentales en que éstas permiten al árbitro el ejercicio de su poder dirección de las actuaciones, resolviendo cuestiones de procedimiento.

3. Los principios informantes del laudo son cuatro: el de irrevocabilidad, el de motivación, el de congruencia y el de colegialidad.

El principio de irrevocabilidad deriva del carácter de cosa juzgada de su decisión y de la aplicación del principio de seguridad jurídica, en relación con el derecho a la tutela arbitral efectiva. Así, una vez dictado, el laudo se constituye en una decisión inalterable sobre la cuestión que resuelva, como consecuencia del principio de seguridad jurídica.

El principio de motivación conforma la necesidad de justificar la decisión tomada, mediante una argumentación convincente que permite deslindar la arbitrariedad de la racionalidad, con la finalidad de proporcionar a las partes un razonamiento convincente sobre cuyas conclusiones se sostenga el sentido de la decisión.

La aplicación del principio de congruencia permite adecuar la decisión a las respectivas pretensiones de las partes, por aplicación de los efectos derivados del principio de relatividad contractual.

Como indicábamos anteriormente, en el capítulo dedicado al árbitro, el principio de colegialidad conforma el núcleo de la deliberación, ya que implica que cada componente del tribunal arbitral disponga de la facultad de debatir con sus colegas –y sólo con ellos– objetivamente los elementos de hechos y los argumentos de derecho de las partes y adoptar decisiones, a lo largo del procedimiento, sobre la base de su resultado.

⁵ El laudo parcial versa sobre una parte de objeto del litigio o, si se quiere sobre uno de los puntos incluidos en la demanda o en la contestación de la demanda. Una vez dictado, el laudo parcial tiene carácter definitivo sobre la materia que decide, impidiendo su modificación y la reiteración de su planteamiento.

⁶ El laudo interlocutorio o incidental alude a cualquier laudo que pone fin a una fase del procedimiento antes del pronunciamiento de la decisión definitiva por el árbitro; por tanto, carecer de carácter definitivo. Se utiliza, por lo general, para resolver cuestiones procedimentales incidentales relativas a la impugnación del acuerdo arbitral, a la jurisdicción del árbitro o a la arbitrabilidad de la controversia.

III. DELIBERACIÓN

5. La deliberación conforma uno de los momentos más delicados del proceso decisorio de un arbitraje, pudiendo distinguir dos tipos: la armónica y la patológica.⁷ El Artículo 12.2 de las Reglas de Praga distingue entre aquellas deliberaciones que el tribunal arbitral celebra antes de las audiencias y aquellas otras que acontecen después de finalizada la práctica de prueba y una vez remitidas las conclusiones.

6. En el primer supuesto, el Retiro Reed (*Reed Retreat*),⁸ la conferencia de revisión del asunto (*Case Review Conference*) y la Apertura Kaplan (*Kaplan Opening*) –estas dos últimas, una vez que las partes hayan abandonado las salas donde se celebren- conforman formatos adecuados para la celebración de estas reuniones preparatorias de las audiencias, dirigidas a comprender adecuadamente la controversia. Su convocatoria por el presidente del tribunal arbitral exige a los árbitros su comparecencia con un trabajo previo efectuado, consistente en tener un preciso conocimiento de las posiciones de las partes, de los contenidos sobre los que, previsiblemente, versarán los interrogatorios y los debates en sala y sobre los posibles obstáculos procedimentales que pueden existir o pueden surgir durante el desarrollo de las audiencias. Este dominio de la materia debatida permitirá al tribunal arbitral obtener posteriormente los elementos necesarios para redactar y fundamentar su decisión sobre la controversia planteada.

⁷ DERAIS, Y., «The Arbitrator's Deliberation», *Am. U. Int'l L. Rev.* Vol. 27, No. 4, 2012, pp. 911 – 923. Algunos supuestos de deliberaciones patológicas incluyen un árbitro que queda indebidamente excluido de las deliberaciones por los demás (la exclusión deliberada por los otros árbitros puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral); un tribunal arbitral que resuelva sin haber hecho un análisis objetivo del caso, sino animado por un interés más o menos disimulado en el mismo; un árbitro que realice determinadas tácticas dilatorias para que no se pueda cumplir el plazo para dictar el laudo arbitral; un árbitro que transmite información a alguna de las partes, respecto al curso de las deliberaciones, violando la confidencialidad, y propiciando que la parte que va a ser condenada ponga en marcha un rápido proceso de negociación para obtener un resultado más favorable que el previsto en el futuro laudo, o que proceda a la ocultación de su patrimonio para soslayar la ejecución de la condena contenida en el futuro laudo; un árbitro que sabotea el arbitraje y se abstiene expresa o premeditadamente de participar en las deliberaciones del tribunal arbitral; un árbitro que renuncia a su cargo en un estado avanzado de la instrucción de la causa, obligando en ocasiones a repetir actuaciones procesales, o llega a renunciar a su cargo durante la deliberación final del tribunal arbitral con posterioridad a la audiencia del arbitraje, para impedir la rendición del laudo; o un presidente del tribunal que no admite discusión alguna durante el proceso de deliberación, limitándose a presentar a sus co-árbitros un proyecto de laudo redactado por él mismo, diciéndoles que si no están de acuerdo con ese proyecto quedan en libertad de emitir una opinión disidente.

⁸ REED, L., «Arbitral Decision-making: Art, Science or Sport?», *The Kaplan Lecture 2012*. Hong Kong. December 2, 2012. El Reed Retreat es un formato de conferencia gestión dirigido a los árbitros y concebido, en especial, para aquellos supuestos en los que existe un tribunal arbitral colegiado. La iniciativa de su utilización debe partir de su presidente, ya que su finalidad primordial es convocar y reunir a todos los miembros del tribunal colegiado, con anterioridad a la celebración de las audiencias de prueba –para discutir y resolver los asuntos procedimentales pendientes y acordar, en su caso, pautas comunes de actuación durante las audiencias- o con posterioridad, con la finalidad de preparar el laudo. El éxito final de la celebración de esta reunión previa exige una preparación previa adecuada de los miembros del tribunal arbitral, los cuales deberán comparecer con todo el procedimiento debidamente estudiado y analizado. Esta preparación previa de los integrantes del tribunal arbitral redundará tanto en un desarrollo eficiente de las audiencias de prueba, como en la calidad del laudo final.

7. El segundo supuesto es más delicado, en tanto que afecta a la conformación de la voluntad del tribunal arbitral: las deliberaciones. Su finalidad es el intercambio de pareceres entre los componentes del tribunal arbitral sobre la ponderación y calificación de jurídica de las circunstancias concurrentes en la controversia analizada, según el resultado de la prueba practicada en las actuaciones y dentro de las normas jurídicas acordadas como aplicables por las partes. Su desarrollo –preferiblemente, armónico- exige un escrupuloso respeto al principio de colegialidad.⁹ Asimismo, el presidente del tribunal arbitral debe velar por el estricto respeto a los derechos de defensa de las partes, con la finalidad de evitar que la deliberación devenga patológica, con situaciones de abuso de poder de alguno o algunos de los componentes del tribunal arbitral, generadas por un desprecio frontal al principio de imparcialidad que debe informar su conducta.¹⁰

El laudo dictado por tribunales arbitrales colegiados deberá recoger la opinión de todos sus componentes, debatida durante las deliberaciones. Este parecer puede ser unánime, aunque durante el desarrollo de las deliberaciones los árbitros podrán mantener posiciones discrepantes sobre todos o algunos de los elementos objeto de selección o sobre los puntos que finalmente conformen la parte dispositiva del laudo que se dicte. Estas diferencias pueden suponer la rendición de un voto u opinión particular disidente o coincidente, por virtud del cual algunos de los vocales expresen su parecer disconforme de la decisión mayoritaria.¹¹ En ese momento, la experiencia del presidente del tribunal será decisiva para evitar la prevalencia del que Freud definiese como el narcisismo de las pequeñas diferencias entre sus componentes sobre otros criterios técnicos, sirviéndose –entre otras técnicas- de la ambigüedad constructiva y de las ventajas de la diplomacia arbitral para superar los eventuales escollos que puedan surgir en este proceso decisorio, siempre con pleno respeto al principio de colegialidad.

Si las partes convienen en la aplicación de este Artículo de las Reglas de Praga a las actuaciones existirá un factor de conexión contractual expreso para fundamentar las consecuencias de cualquier quiebra de los principios informantes de las deliberaciones y delimitar el alcance de su impacto en la eficacia final del laudo que eventualmente sea dictado.

⁹ LEBOULANGER, P., «Principe de collégialité et délibéré arbitral», en WESSNER, P. & BOHNET, F. (Ed.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*. Helbing & Lichtenhahn Verlag. Bâle. 2005, pp. 259 – 267. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2017. Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de octubre de 2014. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 43 de Madrid, de 20 de septiembre de 2013.

¹⁰ GOLDSTEIN, M. J., «Living (or not) with the partisan arbitrator: are there limits to deliberations secrecy?», *Arbitration International*, 2016, pp. 589 – 600. HANOTIAU, B., «Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings», en VAN DEN BERG, A.J. (Ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions. ICA Congress Series 11*. Kluwer Law International. The Hague. 2003, pp. 261 – 287.

¹¹ ANAND, R. P., «The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication», *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, p. 788; REDFERN, A., «Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly», *Arbitration International*, 2004, p. 223; VAN DEN BERG, A.J., «Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration», en ARSANJANI, M. et al. (Eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Nijhoff. Leiden. 2011, pp. 821 – 843.

IV. NORMATIVA APLICABLE

8. El poder de decisión del árbitro le facultará para seleccionar las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia y decidir si su contenido permite alcanzar una solución satisfactoria a la diferencia objeto de análisis.

9. Como hemos expuesto anteriormente, las partes eligen esta *lex causæ* –ley sustantiva aplicable- y esperan del árbitro que considere –con detalle- su contenido al fundamentar su decisión.

En ausencia de acuerdo de las partes sobre este particular, el concepto tradicional obligaba al árbitro a aplicar la ley sustantiva resultante de las normas de conflicto, aunque la misma condujera a una solución insatisfactoria de la controversia planteada. Sin embargo, la consolidación de la nueva *lex mercatoria* como expresión sustantiva del desarrollo progresivo del Derecho del Comercio Internacional y la sutil referencia, desde entonces, a la aplicación de las normas jurídicas han ampliado la actuación del árbitro en este aspecto, en beneficio de una decisión más cercana a las verdaderas necesidades de las partes contendientes: que la controversia que les separa quede resuelta y puedan, a partir de ese instante, continuar con su giro mercantil habitual, sin interferencias innecesarias.¹²

En la actualidad, el árbitro tiene reconocida la facultad para superar las restricciones derivadas la norma de conflicto y está legitimado para valorar, en su lugar, la pertinencia razonada de la aplicación de aquellas otras normas jurídicas, cláusulas contractuales y usos mercantiles propios de la transacción sobre la que verse la controversia que, en su opinión, permitan alcanzar una solución satisfactoria y justa a la diferencia planteada.¹³

Esta superación del principio de territorialidad –límite infranqueable de los jueces ordinarios- se revalorizará en aquellos supuestos de tribunales arbitrales colegiados, compuestos por especialistas provenientes de diferentes bagajes jurídicos, quienes aportarán y aplicarán entonces al supuesto concreto visiones complementarias sobre las

¹² ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*. Ed. Reus. Madrid. 2012.

¹³ Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961; algunos reglamentos arbitrales de última generación; Ley Española de Arbitraje (2003), Exposición de Motivos Apartado VII, Artículo 34.3. *Mechema Ltd. v S. A. Mines, Minéraux et Métaux* (Laudo *ad hoc*, de 3 de noviembre de 1977, *Revue de l'arbitrage* (1980), pg. 560) y *Societé Norsolor S.A. v. Societé Pabalk Ticaret Sirketi* (Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dictado en el asunto 3131/1979; Sentencias de la Cour d'Appel de París de 15 de diciembre de 1981 y 19 de noviembre de 1982 [*Revue de l'arbitrage* (1983), pg. 465]; Sentencia de la Cour de Cassation, de 3 de octubre de 1984 [*Dalloz* (1985), pg. 101]; Sentencia de Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Austriaco) de 18 de noviembre de 1982 [*Clunet* (1983), pg. 645].

cuestiones debatidas durante los constructivos debates que, casi con seguridad, conformen sus deliberaciones. Pondrán, así, en valor la especialización del arbitraje frente a las partes, ratificando como correcta su decisión instrumentada en el acuerdo arbitral.¹⁴

10. El Artículo 7 de las Reglas de Praga regula una materia sobre la que, en la actualidad, no existe consenso en el arbitraje sobre el alcance de su aplicación: el alcance de la utilización del principio *iura novit curia* por el árbitro. Si las partes acuerdan la consideración de este Artículo por el árbitro,¹⁵ dicho precepto conformará un factor de conexión convencional que fija un criterio previsible para las partes. Sus recomendaciones contribuirán a generar algo más de seguridad jurídica en la aplicación de este criterio tan discutido en un procedimiento arbitral concreto.¹⁶

11. La utilización del principio *iura novit curia* procede, entre otros, en aquellos supuestos en los que existan partes en rebeldía, en los que la solución jurídica de la controversia resulte imposible con los argumentos proporcionados por las partes, en los que el laudo pueda suponer un precedente vinculante para otras decisiones posteriores o en los que concurra algún aspecto de derecho imperativo, amparado por el orden público. Sobre esta base, el alcance del principio *iura novit curia* en el arbitraje abarca la posibilidad de que el árbitro, en su decisión, considere aspectos jurídicos ignorados o mal planteados por las partes o modifique las calificaciones jurídicas realizadas por las partes. Pero la cuestión más delicada se plantea en su ejecución por el árbitro en el procedimiento, con pleno respeto a los derechos de audiencia, contradicción e igualdad de las partes.

12. Nuestro análisis debe comenzar en las cuatro recomendaciones principales del Comité de Arbitraje Internacional de la International Law Association, de 2008, sobre la determinación del derecho sustantivo aplicable en el arbitraje comercial internacional:¹⁷ (i) el árbitro siempre debe recabar el parecer de las partes sobre cómo desean determinar y aplicar la ley sustantiva; (ii) el árbitro debe ser consciente de que las legislaciones nacionales, eventualmente aplicables como *lex arbitrii*, carecen de un criterio homogéneo

¹⁴ Para una visión completa sobre la doctrina del *trunc commun*: RUBINNO-SAMMARTANO, M., «The Channel Tunnel and the *Trunc Commun* Doctrine», *Journal of International Arbitration*, 1993, pp. 59 – 65; *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1992] 2 All E.R. 609; *ICCA Yearbook XVIII* (1993), pp. 446 – 456; GALLIARD, E. & SAUVAGE J., *Fouchard, Galliard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. Dordrech, 1999, §1457.

¹⁵ ARROYO, M. (Ed.). *Arbitration in Switzerland: the Practitioner's Guide*. Kluwer Law International. The Netherlands. 2013, pg. 174. WAINCYMER, J., «International Arbitration and the Duty to Know the Law», *Journal of International Arbitration*, 2011, pp. 201 – 242, nota a pie de página 25, p. 209.

¹⁶ KAUFMANN-KOHLER, G., «The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions», *Arbitration International*, 2005, pp. 631– 638.

¹⁷ International Law Association, Resolución 6/2008, adoptada durante la septuagésimo tercera Conferencia de la Asociación, celebrada en Río de Janeiro, los días 17 a 21 de agosto de 2008. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, «International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'», *Arbitration International*, 2010, pp. 193 – 220.

en la aplicación de este principio y sus impactos sobre la eventual validez del laudo que se dicte son heterogéneos; (iii) el árbitro debe analizar, con carácter preferente, las aportaciones de las partes durante el procedimiento sobre derecho sustantivo aplicable; y (iv) el árbitro debe abstenerse de plantear *sua sponte* cuestiones de esta naturaleza, salvo que afecten al orden público.

13. La *lex arbitrii* debe analizarse, sobre todo, desde la perspectiva del control judicial del laudo. En términos generales, podemos identificar la existencia de dos aproximaciones distintas a esta cuestión, con un punto de inicio común, antes apuntado: el derecho común anglosajón y el derecho civil continental coinciden en radicar la carga de la alegación y determinación de los hechos litigiosos en las partes –al igual que recoge el Artículo 7.1 de las Reglas de Praga- y en delimitar de esta forma el contorno al cual debe circunscribirse la decisión que adopte el juzgador. Sin embargo, ambos sistemas difieren en el tratamiento de la invocación del derecho extranjero en el procedimiento.

El derecho común anglosajón tiende a calificar la invocación del derecho extranjero como un hecho que debe ser probado por las partes, de forma que los jueces no pueden excederse en su análisis de las cuestiones planteadas por las partes en el debate sobre esa cuestión. La extensión de este principio a la esfera arbitral tiene uno de sus más claros exponentes en los Artículos 34.1 y 34.2.g de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, donde se autoriza al tribunal arbitral a aplicar *ex officio* y con discrecionalidad el derecho extranjero en el supuesto de que exista silencio por las partes sobre tales criterios. No obstante, esta discrecionalidad es limitada, porque el árbitro siempre deberá recabar de las partes su parecer sobre tales conclusiones, antes de trasladar las mismas a su decisión, de conformidad con su Artículo 33. De no observarse este principio, el laudo podría incurrir en nulidad, por quiebra del principio del proceso debido o del principio de audiencia.

Por el contrario, el derecho civil continental considera el derecho extranjero como una cuestión de derecho, de forma que los jueces pueden tener mayor libertad en su análisis y consideración para la resolución de la cuestión debatida, planteando incluso la valoración de cuestiones conexas y necesarias que surjan durante su desarrollo. No obstante, no podemos considerar que este criterio sea homogéneo. Veamos algunos ejemplos.

14. En Francia se aplica la máxima de que los hechos son para las partes y el derecho para los jueces (*da mihi factum, dabo tibi jus*). Sin embargo, esta aparente discrecionalidad del decisor está limitada por la aplicación de los principios de disposición y de contradicción, tal y como reflejan los Artículos 12.3 y 16 del Código Procesal Civil Francés. Así, las partes pueden acordar, expresamente, la limitación de la discrecionalidad decisoria del juez –de forma que sólo aplique algunos preceptos en su razonamiento- y el juez siempre vendrá obligado a recabar el parecer de las partes sobre cualquier cuestión jurídica que pretenda plantear o considerar *motu proprio*.

Sin embargo, la invocación del derecho extranjero supone una excepción a este principio, en tanto que, pese a considerarse como una cuestión de hecho, en realidad se acomete su tratamiento como una cuestión de derecho. De esta forma, el juez tiene la obligación de acometer su valoración de oficio y asegurarse de su correcta aplicación al supuesto concreto,¹⁸ para lo cual siempre puede recabar la ayuda o el parecer de las partes (*certificat de coutume*). Sólo si la determinación del derecho extranjero resulta imposible o las partes ignoran la invitación a cooperar, el juez podrá aplicar la ley del foro.

El arbitraje internacional en Francia está regulado por un capítulo especial de su Código Procesal Civil, reformado en 2011 y aplicable a aquellos procedimientos basados en acuerdos arbitrales suscritos con posterioridad al 1 de mayo de 2011.¹⁹ En materia de ley aplicable, su Artículo 1511 dispone que el árbitro resolverá la controversia de conformidad con las normas jurídicas acordadas por las partes, quienes disponen de autonomía reconocida para limitar el alcance de su aplicación. El árbitro tiene así la obligación de aplicar estos preceptos, aunque, por su naturaleza privada, carece de normas de conflicto aplicables. Los principios de disponibilidad, audiencia, contradicción e igualdad resultan aplicables –Artículos 1509 y 1510 del Código Procesal Civil- lo que implica la nulidad de aquellos laudos en los que los árbitros hayan aplicado el principio *iura novit curia* en el fundamento de su decisión, sin haber oído previamente a las partes.²⁰ Finlandia tiene una aplicación similar de este principio, justificada por la necesidad de evitar actuaciones o decisiones sorpresivas del árbitro.²¹

15. En España, el árbitro tiene reconocida su obligación de resolver las cuestiones planteadas por las partes, conforme a las normas sustantivas aplicables, incluso aunque hayan sido erróneamente invocadas por las partes durante el procedimiento. El límite de la interpretación del árbitro en su aplicación de este principio radica en que su análisis no puede desviarse de los hechos invocados por las partes y debe sustentarse siempre en los hechos invocados por las partes en relación con sus respectivas pretensiones.²²

¹⁸ Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 23 janvier 2007, *Griguer c/ sté Pet Technologies limited* - cassation de cour d'appel d'Amiens, chambre éco, 15 avril 2004.

¹⁹ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

²⁰ Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n 785 du 29 juin 2011 (10-23.321). *Overseas Mining Investments Limited v. Commercial Caribbean Niquef*; Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, Arrêt du 15 mars 2016, n° 14/19164. *République de Madagascar v. De Sutter P. – K., S.A. DS2*, et al.; Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, Arrêt du 3 décembre 2009, n° 08/13168. *Engel Austria GmbH v. Don Trade*; Cour d'appel de Paris, Chambre 1, Section C, Arrêt du 19 juin 2008, n° 06/17901. *Gouvernement de la République arabe d'Egypte v. Société Malicorp Ltd.*

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo Finandés, de 2 de julio de 2008, *Werfen Austria v. Polar Electro*, Kko 2008:77, en relación con los Artículos 41.1 y 41.4 de la Ley Finandesa de Arbitraje (967/1992).

²² Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010. Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de octubre de 2008. Sentencias de la Sala de Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de diciembre de 2013, de 9 de junio de 2015, de 7 de julio de 2015, de 10 de febrero de 2016, de 18 de mayo de 2016, de 15 de junio de 2016 y de 5 de julio de 2016.

16. En Suiza, su Tribunal Supremo ha declarado procedente la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional y ha obligado a los árbitros a su aplicación de oficio. Su decisión dictada en el asunto *Tvornica*²³ establece la clave para la delimitación del extremo aquí debatido: el derecho de audiencia de las partes afecta, en especial, a la determinación de los hechos litigiosos, mientras que su subsunción en la calificación jurídica conforma un elemento de valoración que, siempre que no haya sido limitado por las partes en el acuerdo arbitral, compete en exclusiva al árbitro (como parte integrante de su poder de decisión), quien debe ejercerlo con audiencia de las partes para no incurrir en decisiones sorprendidas o inesperadas²⁴.

V. LA ACTUACIÓN DE LAS PARTES

17. Como hemos indicado anteriormente, las partes tienen un deber de diligencia hacia la tramitación del procedimiento, manifestado a través de los principios de lealtad y cooperación. Su infracción puede consumarse mediante la práctica de maniobras dilatorias (tácticas de guerrilla), como la retención indebida de pruebas relevantes requeridas por el árbitro o su aportación al procedimiento en soportes inservibles, la solicitud de práctica de pruebas irrelevantes para la determinación de la controversia, el planteamiento de incidentes injustificados técnicamente. De convenir las partes en su aplicación, el Artículo 10 de las Reglas de Praga proporciona el factor de conexión convencional necesario para que el árbitro analice, establezca y, eventualmente, aplique las conclusiones desfavorables, adversas o contraindicios para la parte renuente en su decisión sobre el aspecto concernido por esta actitud.²⁵

²³ Tribunal Federal Suizo, Sección Civil, BGE 130 III 35, decisión de 30 de septiembre de 2003.

²⁴ Tribunal Federal Suizo, Sección Civil: BGE 130 III 35, decisión de 30 de septiembre de 2003; 4A_254/20101, decisión de 3 de agosto de 2010; 4A_464/2009, decisión de 15 de febrero de 2010; 4A_400/2008, decisión de 9 de febrero de 2009. *Caratube International Oil Company, LLP. v. Republic of Kazakhstan* (Caso CIADI No ARB/08/12), decisión del Comité ad hoc, de 21 de febrero de 2014, ¶¶ 94 y 130.

²⁵ Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, Arrêt du 28 Février 2017, nº 15/06036. *Dresser-Rand Holdings Spain, S.L.U v. Diana Capital I, F.C.R.* et al. y Sentencia de la Cour d'Appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, de 21 de marzo de 2017, 15/17234. BEDROSYAN, A. S., «Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?», *U. Pa. J. Int'l L.*, 2016, pp. 243 – 272. GREENBERG, S. & LAUTENSCHLAGER, F., «Adverse Inferences in International Arbitral Practice», en KRÖLL, S., MISTELIS, L. A., ROGERS, V. & PERALES VISCASILLAS, P. (Eds.), *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn, 2011, p. 179. SCHARF, M. P. & DAY, M., «The International Court of Justice's Treatment of Circumstantial Evidence and Adverse Inferences», *Chicago Journal of International Law*, 2012, pp. 123 – 151. SHARPE, J.K., «Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence», *Arbitration International*, 2006, pp. 549 – 572. VAN HOUTTE, V., «Adverse Inferences in International Arbitration», en GIOVANNINI, T. & MOURRE, A. (Eds.), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*. ICC Institute of World Business Law. Paris, 2009, pp. 195 – 217.

18. La doctrina de la carga dinámica de la prueba permite derivar presunciones de la conducta procedimental exhibida por las partes durante la contienda arbitral: la denominada prueba de indicios o de conjeturas, una prueba indirecta que afecta a la comprobación de un hecho de difícil o imposible demostración, con la acreditación de un segundo hecho íntimamente relacionado con el primero. De esta forma, la verificación del segundo hecho afectará a la consideración del primero como hecho comprobado, con la aplicación de las consecuencias jurídicas correspondientes. Los requisitos técnicos exigidos son tres: (i) una explicación razonada del decisor para considerar la pretensión como estimada, mediante la prueba indirecta; (ii) la existencia de una pluralidad de indicios de cuyo contenido probatorio el decisor pueda obtener consecuencias racionales; y (iii) la ausencia de explicación alternativa, razonable y plausible expuesta por el demandado.²⁶

VI. COSTAS

19. El árbitro debe decidir en el laudo sobre la procedencia de la imposición de costas y su distribución entre las partes. Las costas arbitrales abarcan los honorarios y gastos razonables del árbitro, los costes razonables de representación letrada de las partes, los costes razonables de los peritos utilizados por las partes, los costes razonables de traslado y estancia de los testigos y los costes de organización y administración del procedimiento arbitral.²⁷ En principio, las partes son las que mejor conocen la estrategia a desarrollar en defensa de sus pretensiones y las fuerzas que deben destinar a la consecución del fin que persiguen en el procedimiento arbitral. El Artículo 11 de las Reglas de Praga legitima al árbitro para valorar, además, en su decisión todos los factores concurrentes, con la finalidad de determinar el montante de las costas que deben recuperar las partes y distribuir su carga valorando «...la conducta procedimental de las partes en el arbitraje, incluida su cooperación y asistencia –o su carencia- en la tramitación eficiente y

²⁶ Laudo Parcial dictado en el Asunto CCI 16391, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Dispute Resolution Bulletin*, 2016.1, p. 150: «...276. The prerequisites for such an adverse inference are generally the following: (i) the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought; (ii) the party requesting adverse inference must establish that the requested party has, or should have, access to the evidence sought; (iii) the inference sought must be reasonable, consistent with facts in the record and logically related to the likely nature of the evidence withheld; (iv) the party seeking the adverse inference must produce prima facie evidence; and (v) the inference opponent must know, or have reason to know, of its obligations to produce evidence rebutting the adverse inference sought...»; en el mismo sentido, Laudo Final dictado en el Asunto CCI 12990, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration*, 2013, p. 52, y Laudo Final dictado en el Asunto CCI 13515, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration*, 2013, p. 66. *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République Démocratique du Congo* (Caso CIADI No ARB/05/21). Laudo parcial sobre jurisdicción, de 29 de julio de 2008, ¶¶ 26 – 31, *Metal-Tech Ltd. v. The Republic Of Uzbekistan* (Caso CIADI No ARB/10/3, Laudo de 4 de octubre de 2013, ¶¶ 204 – 207.

²⁷ «Icc Commission Report. Decisions on Costs in International Arbitration», en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Dispute Resolution Bulletin*, 2015.2.

diligente del procedimiento...», la complejidad de la materia debatida y la defensa razonable de las respectivas posiciones litigiosas de las partes.

VII. LA REDACCIÓN DEL LAUDO

20. La redacción del laudo debe ser armoniosa, cuidada, sencilla y, sobre todo, comprensible para las partes, con el objeto de facilitar el cumplimiento voluntario de su parte dispositiva y, en lo posible, facilitar la corrección de las deficiencias detectadas por las partes para preservar su relación comercial en el futuro. Su estructura, al menos, debe contemplar la identificación de las partes, del acuerdo arbitral, las actuaciones procedimentales, los antecedentes de hecho, las cuestiones litigiosas a resolver, los fundamentos de la decisión, las costas y la decisión o fallo final.

21. Aunque algún sector doctrinal ha expresado sus diferencias sobre el grado de detalle conforme al que debe desarrollarse el razonamiento del laudo,²⁸ la motivación – alejada preferiblemente de la heurística- deviene en el mejor antídoto contra la arbitrariedad de la decisión que se adopte.²⁹ La coherencia de su parte dispositiva con las posiciones de las partes (*principio de congruencia*) contribuye a dotar al arbitraje de la seguridad jurídica necesaria para consolidar su aceptación entre las partes contratantes como un mecanismo fiable de resolución de controversias.³⁰

VIII. SUBSANACIÓN Y NULIDAD DEL LAUDO

²⁸ LALIVE, P., «On the Reasoning of Arbitral Awards», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 55 - 65.

²⁹ *Klöckner v. República de Camerún* (Caso CIADI ARB/81/2). Decisión del Comité Ad Hoc, de 3 de mayo de 1985; *Mr. Patrick Mitchell v. República Democrática del Congo* (Caso CIADI ARB/99/7). Laudo de 30 de noviembre de 2004.

³⁰ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, QUEEN MARY, UNIVERSITY OF LONDON, *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. White & Case/Queen Mary University of London. 2012, p. 38.

22. Una vez dictado, el laudo puede ser objeto de aclaración,³¹ corrección³² o complemento.³³ El principio de irrevocabilidad o inalterabilidad de las decisiones arbitrales firmes impide la modificación sustancial de su parte dispositiva, una vez firmado. A partir de ese momento, el laudo sólo podrá ser objeto de control judicial formal.

23. El laudo puede ser objeto de control judicial formal. Dependiendo de cada legislación, los motivos de anulación del laudo serán unos u otros. Suelen ser motivos muy tasados – *numerus clausus* – y la interpretación que haga cada jurisdicción ordinaria suele variar de un Estado a otro, motivo por el cuál la determinación de la sede de arbitraje a efectos prácticos es muy importante.

24. En definitiva, la actuación del decisor debe inspirarse en la aplicación de cuatro características definitorias: (i) escuchar cortésmente; (ii) responder sabiamente; (iii) ponderar prudentemente; y (iv) decidir imparcialmente. Identificadas por Sócrates y aplicables al árbitro, estas claves condensan el complejo arte de decidir.

³¹ Sobre puntos oscuros del razonamiento, que deben ser correctamente señalados e identificados. La aclaración concierne, únicamente, los aspectos no materiales que no alteren la decisión. En la aclaración no puede instarse una nueva valoración de la prueba practicada, ni pretenderse una variación del contenido del fallo; no cabe que las partes utilicen este cauce para pretender que los árbitros les expliquen sus consideraciones y menos aún para que modifiquen su razonamiento y reconsideren el fallo alcanzado; la solicitud de aclaración no puede ser genérica, sino que debe referirse a un aspecto concreto del laudo, y tampoco pueden pretender una nueva redacción del laudo; la parte o partes que solicitan la aclaración no tienen por qué estar perjudicadas directamente por el texto cuya redacción se pretende alterar, sino que se postula un nuevo texto que facilite una mejor comprensión del laudo sin alterar su contenido esencial como, según parece, una nueva valoración de la prueba o una alteración del contenido del fallo.

³² Sobre errores aritméticos y tipográficos, referidos, por ejemplo, a los derivados a) de una suma de cantidades, de la determinación de los intereses, o del manejo de una fórmula o ecuación inadecuada; b) de transcripción originados por una alteración mecanográfica, o por una mala colocación de un bloque de texto por un defecto informático; c) tipográficos que cambian el sentido de una frase; d) originados por la designación de una persona con nombre y apellidos equivocados, la determinación de un domicilio incorrecto, o la confusión de términos.

³³ Sobre aspectos de la decisión o de su razonamiento que necesiten precisión o una explicación más profunda. El complemento del laudo se conforma como un trámite para subsanar una omisión del fallo ya emitido y ello se justifica en la oportunidad de corregir un supuesto de incongruencia por omisión. Si el árbitro estima justificado su requerimiento y considera que la omisión puede rectificarse sin necesidad de ulteriores audiencias o pruebas, se emitirá un laudo adicional sobre las reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo primitivo. Esta operación debe referirse únicamente a peticiones concretas formuladas oportunamente por las partes en el curso del proceso arbitral y que no hayan sido consideradas en el laudo. Por eso, si los árbitros consideran que deben ser objeto de consideración han de tener la precaución de que incorporar nuevas cuestiones o nuevos argumentos pueden poner en peligro el carácter de cosa juzgada del laudo. Téngase en cuenta que la apreciación de cosa juzgada, en su aspecto negativo o excluyente, exige que entre la controversia resuelta por el laudo arbitral firme y la controversia planteada en un proceso arbitral haya identidad entre las cosas, las causas y las personas y calidad con que lo fueron, pues faltando alguna de esas tres identidades no sería posible extender al laudo el valor vinculante de la cosa juzgada.

IX. FUENTES

- «ICC Commission Report. Decisions on Costs in International Arbitration», en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Dispute Resolution Bulletin*, 2015.2
- ANAND, R. P., «The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication», *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, p. 788
- ARROYO, M. (Ed.). *Arbitration in Switzerland: the Practitioner's Guide*. Kluwer Law International. The Netherlands. 2013
- ARSANJANI, M. et al. (Eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Nijhoff. Leiden. 2011
- BEDROSYAN, A. S., «Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?», *U. Pa. J. Int'l L*, 2016, pp. 243 – 272
- DERAINS, Y., «The Arbitrator's Deliberation», *Am. U. Int'l L. Rev.* Vol. 27, No. 4, 2012, pp. 911 – 923
- GALLIARD, E. & SAUVAGE J., *Fouchard, Galliard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. Dordrech, 1999
- GIOVANNINI, T. & MOURRE, A. (Eds.), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*. ICC Institute of World Business Law. Paris, 2009
- GOLDSTEIN, M. J., «Living (or not) with the partisan arbitrator: are there limits to deliberations secrecy?», *Arbitration International*, 2016, pp. 589 – 600
- GREENBERG, S. & LAUTENSCHLAGER, F., «Adverse Inferences in International Arbitral Practice», en KRÖLL, S., MISTELIS, L. A., ROGERS, V. & PERALES VISCASILLAS, P. (Eds.), *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn, 2011, p. 179
- HANOTIAU, B., «Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings», en VAN DEN BERG, A.J. (Ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions. ICCA Congress Series 11*. Kluwer Law International. The Hague. 2003, pp. 261 – 287
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, «International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'», *Arbitration International*, 2010, pp. 193 – 220
- KAUFMANN-KOHLER, G., «The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions», *Arbitration International*, 2005, pp. 631– 638
- KRÖLL, S., MISTELIS, L. A., ROGERS, V. & PERALES VISCASILLAS, P. (Eds.), *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn, 2011
- LALIVE, P., «On the Reasoning of Arbitral Awards», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 55 - 65
- LEBOULANGER, P., «Principe de collégialité et délibéré arbitral», en WESSNER, P. & BOHNET, F. (Ed.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*. Helbing & Lichtenhahn Verlag. Bâle. 2005, pp. 259 – 267
- REDFERN, A., «Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly», *Arbitration International*, 2004, p. 223
- REED, L., «Arbitral Decision-making: Art, Science or Sport?», *The Kaplan Lecture 2012*. Hong Kong. December 2, 2012
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*. Ed. Reus. Madrid. 2012
- RUBINNO-SAMMARTANO, M., «The Channel Tunnel and the *Tronc Commun* Doctrine», *Journal of International Arbitration*, 1993, pp. 59 – 65
- SCHARF, M. P. & DAY, M., «The International Court of Justice's Treatment of Circumstantial Evidence and Adverse Inferences», *Chicago Journal of International Law*, 2012, pp. 123 – 151

- SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, QUEEN MARY, UNIVERSITY OF LONDON, *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. White & Case/Queen Mary University of London. 2012
- SHARPE, J.K., «Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence», *Arbitration International*, 2006, pp. 549 – 572
- VAN DEN BERG, A.J. (Ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions. ICCA Congress Series 11*. Kluwer Law International. The Hague. 2003
- VAN DEN BERG, A.J., «Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration», en ARSANJANI, M. et al. (Eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Nijhoff. Leiden. 2011, pp. 821 – 843
- VAN HOUTTE, V., «Adverse Inferences in International Arbitration», en GIOVANNINI, T. & MOURRE, A. (Eds.), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*. ICC Institute of World Business Law. Paris, 2009, pp. 195 – 217
- WAINCYMER, J., «International Arbitration and the Duty to Know the Law», *Journal of International Arbitration*, 2011, pp. 201 – 242
- WESSNER, P. & BOHNET, F. (Ed.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*. Helbing & Lichtenhahn Verlag. Bâle. 2005