

LEX MERCATORIA Y ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL: EL EJEMPLO DE LA NUEVA
LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA

Miguel GÓMEZ JENE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve delimitación del concepto de lex mercatoria*. III. *Lex mercatoria en el ámbito de las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia*. IV. *Lex mercatoria en el ámbito del procedimiento arbitral: desde la extensión de los efectos del convenio arbitral hasta la arbitrabilidad de la materia*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Si existe un espejo desde el que apreciar con toda su intensidad la relevancia de la *lex mercatoria*, ese es, sin duda, el que nos ofrece el arbitraje comercial internacional. Método heterocompositivo de resolución de conflictos, el arbitraje internacional tiene en la autonomía de la voluntad de las partes su característica más relevante. Como es sabido, dicha autonomía no se constriñe únicamente a la posibilidad de que ellas mismas regulen su propio procedimiento arbitral, sino que, además, despliega todos sus efectos en el ámbito de la ley aplicable al fondo de la controversia.

Siendo esto así, es lógico afirmar que el ámbito de aplicación natural de la *lex mercatoria* es, precisamente, el arbitraje comercial internacional.

2. Con esta realidad a la vista, el legislador español ha promulgado en fechas todavía recientes una nueva Ley de Arbitraje (LA).¹ La ley en cuestión tiene entre sus objetivos confesados la de erigir a España en país sede de arbitrajes internacionales. Pero sede, especialmente, de aquellos arbitra-

* Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).

¹ Ley 60/2003, del 23 de diciembre, de Arbitraje, *BOE*, núm. 309, del 26 de diciembre de 2003.

jes que se susciten en el área iberoamericana. Fuertemente inspirado en la Ley Modelo de Uncitral, el nuevo texto aporta importantísimas novedades para la hasta ahora pobre práctica arbitral española.² Una de ellas consiste, precisamente, en la especial atención dedicada a la *lex mercatoria*.

3. A lo largo de las siguientes líneas, lejos de abundar en las distintas concepciones teóricas en torno a este particular tema, incidiré especialmente en la aplicación de la *lex mercatoria* por los árbitros. Así, partiendo de la regulación que el legislador español ha dado al precepto que contempla la cuestión (básicamente, artículo 34, LA), expondré cuál es su verdadero alcance. Y ello, teniendo en cuenta tanto la perspectiva de ley aplicable como la perspectiva estrictamente procesal. Para ello, sin embargo, limitaré previamente el alcance, que en mi opinión, debe darse a la expresión.

II. BREVE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE *LEX MERCATORIA*

4. Desde el célebre estudio de Goldman³ hasta la última aportación del profesor alemán Klaus Peter Berger,⁴ muchas han sido las líneas escritas en torno a la *lex mercatoria*. De hecho, el volumen de estudios doctrinales alcanza tal volumen, que hoy por hoy, resulta sencillamente inabarcable.

5. Ahora bien, haciendo ahora una fuerte simplificación de las posturas doctrinales existentes, podría afirmarse —en principio— que el debate ha girado básicamente en torno a cuatro puntos cardinales: aquel que se caracteriza por dudar de la propia existencia de la *lex mercatoria*; aquel que únicamente la concibe como un particular conjunto de usos y costumbres propios del comercio internacional —concepción *clásica*—; aquel que incluso llega a otorgarle rango de verdadero ordenamiento jurídico —concepción *avanzada*—; y, por fin, aquel que, desde una perspectiva eminentemente

² La nueva Ley ha sido ya profusamente comentada por la doctrina. Así, entre los comentarios más relevantes pueden destacarse: Arias Lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Pérez-Llorca Abogados-Aranzadi, 2005; Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2004; Garberí Llobregat, J. (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, del 23 de diciembre, de Arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2004.

³ “Frontières du droit et «lex mercatoria»”, *Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie sociales*, 9 (1964), pp. 177 y ss.

⁴ Berger, K. P., *The creeping Codification of the lex mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999.

dogmática, ve en las técnicas clásicas del derecho internacional privado un importante cauce para crear y desarrollar esa suerte de *ius commune* que puede ser la *lex mercatoria*.⁵

No es el objeto de esta aportación profundizar en tan controvertido debate. Antes, al contrario, como a continuación apreciará el lector, en el presente estudio me decantaré por el criterio a mi entender más correcto —que, dicho sea de paso, no se encuadra en ninguno de los puntos cardinales descritos— para, a partir de ahí, estudiar la incidencia de la *lex mercatoria* en el arbitraje comercial internacional. Para un primer acercamiento crítico a la cuestión, además de los trabajos que se recogen en esta monografía, remito al lector a cualquier manual relevante a derecho internacional privado.⁶

6. A la luz de las posturas doctrinales descritas, de una primera incursión en la materia podría incluso pensarse que el debate doctrinal en torno a la *lex mercatoria* ha sido un debate que se ha caracterizado, básicamente, por girar en círculo; esto es, un debate que, lejos de ir desarrollando una línea de investigación común, se ha caracterizado únicamente por una toma de posición en torno a tales puntos.

7. Sin embargo, no creo que esta última afirmación refleje con exactitud lo que ha sido el debate doctrinal en torno a la tan manida *lex mercatoria*. De hecho, lejos de insistir en ninguno de los extremos anteriormente descritos, la postura que en mi opinión mejor refleja la evolución de este debate es la que en la actualidad mantiene el profesor Gaillard. Una postura que se fragua desde la misma práctica arbitral. Y una postura que, a mayor abundamiento, se desvincula de los criterios anteriormente enunciados.

En su virtud, la *lex mercatoria* es también —y quizá sobre todo— un método para alcanzar decisiones (*method of decision-making*).⁷ De tal modo que, en su aplicación, los árbitros decidirán la controversia partiendo de

⁵ En torno a esta postura, resulta especialmente interesante el trabajo de los profesores Sánchez Lorenzo, S. y Juenger, F. K., “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, 2000, vol. LII, pp. 15-47.

⁶ En la doctrina española, por ejemplo, puede consultarse más detenidamente y con más referencias Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, 2004, vol. I, pp. 52-55.

⁷ Gaillard, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International*, 2001, pp. 55-71, esp. pp. 62 y ss.

un análisis legal comparado, concretando, a partir de dicho análisis o estudio, la norma o normas jurídicas más ampliamente aceptadas en el sector en cuestión. Las fuentes que para este menester podrán utilizar serán todas aquellas reglas y/o compilaciones de principios mercantiles, de convenios internacionales —ratificados o no—, así como de laudos arbitrales y de trabajos de investigación existentes sobre la cuestión.⁸

Como podrá constatarse, esta concepción de la *lex mercatoria* se caracteriza, entre otras cosas, por desvincularse no sólo de los planteamientos doctrinales clásicos en la materia —básicamente, *lex mercatoria* como ordenamiento sí o no—, sino también por desvincularse de cualquier tipo de manifestación en torno a la necesidad de una compilación de principios codificados con vocación para regular supuestos del comercio internacional (piénsese en los Principios de Unidroit,⁹ o en los comúnmente conocidos como *Principios Lando*¹⁰) que postulan los más acérrimos defensores de la *lex mercatoria* como ordenamiento jurídico.¹¹

Además, entiendo que sólo aceptando esta interpretación —*lex mercatoria* como método— los árbitros estarán en las mejores condiciones para afrontar su aplicación, pues a tenor del incipiente número de principios codificados con vocación para regular supuestos del comercio internacional (piénsese en los Principios anteriormente citados) se corre incluso el riesgo de que los árbitros acaben necesitando del apoyo de un sistema conflictual para localizar los principios finalmente aplicables. O lo que es lo mismo, se corre el riesgo de terminar aplicando aquello que en un principio se quiso evitar.

9. Pues bien, asumiendo entonces una concepción sobre la *lex mercatoria* en virtud de la cual ésta se configura como un método para alcanzar decisiones antes que en una suerte de ordenamiento jurídico, en adelante corresponde indagar en su verdadero alcance. Alcance, adelantémoslo ya, que no es tan importante como muchas veces ha querido verse.

⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁹ Para un magnífico comentario a los Principios de Unidroit en lengua española véase AAVV, *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2a. ed., 2003.

¹⁰ “Principios de derecho contractual europeo”, Lando y Beale (ed.), *Principles of European Contract Law*, parts I and II, La Haya, Kluwer, 2000.

¹¹ En este sentido, Berger, *op. cit.*, nota 4.

III. LEX MERCATORIA EN EL ÁMBITO DE LAS NORMAS JURÍDICAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

10. El artículo 34 de la nueva Ley de Arbitraje española, intitulado “*Normas aplicables al fondo de la controversia*” establece:

1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado para ello.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

11. Dejando ahora de lado la relevancia del primer párrafo —que es mucha, pues la anterior ley de 1988 preveía que, a falta de designación expresa de las partes, el arbitraje se resolvería en equidad—, se constata que el segundo párrafo del precepto contempla una regulación particular para el arbitraje *internacional*.¹² En su virtud, “los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes”.

12. Varias son las cuestiones que suscita una primera lectura de este segundo párrafo. Sin ánimo de abordar en esta sede todas las cuestiones en profundidad, puede destacarse que, en primer lugar, no acaban de vislumbrarse los motivos que han conducido al legislador a constreñir la regulación en cuestión a los arbitrajes *internacionales*; esto es, no acaba de entenderse por qué no se contempla la aplicación de las denominadas “normas jurídicas” también en el marco de los arbitrajes internos. De hecho, al no atisbarse ningún obstáculo relevante para extender su aplicación a estos últimos arbitrajes, la interpretación sistemática y teleológica del precepto más coherente —respeto máximo a la autonomía de la voluntad de las par-

¹² Sobre los criterios a seguir para determinar la internacionalidad del arbitraje, véase Gómez Jene, Miguel, “Artículo 3o.”, en Arias Lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Pérez-Llorca Abogados-Aranzadi, 2005, pp. 35-42.

tes— pasa por aceptar la aplicación de tales normas también en el contexto de un arbitraje interno.¹³

13. En segundo lugar, y todavía en relación con la expresión “normas jurídicas”, cabe plantearse cuál es su verdadero alcance, pues si bien es obvio que en ella también se está haciendo alusión a la denominada “nueva *lex mercatoria*”, es cierto que la expresión en cuestión engloba —por lo menos— dos acepciones diferentes.

En efecto, de entrada, el legislador español se ha decantado claramente por aceptar su vigencia. Ha rechazado, por tanto, ese punto cardinal en virtud del cual se duda de la propia existencia de la *lex mercatoria*. Ello resultaba obvio incluso antes de que el legislador promulgara esta nueva Ley de Arbitraje, pues ya el mismo Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (CG) —ratificado por España—,¹⁴ acepta expresamente en su artículo VII la aplicación por parte de los árbitros de los usos mercantiles.

Sin embargo, lo que no queda claro es si esa remisión que se hace a la *lex mercatoria* está hecha a su acepción *clásica*, a su acepción *avanzada*, o por fin, a la concepción en mi opinión más correcta: *lex mercatoria* como *method of decision-making*. Esto es, lo que no queda claro es si el legislador en este precepto se está refiriendo a un conjunto de usos, contratos-tipos, etcétera, que regulan únicamente aspectos concretos de la contratación internacional; si se está refiriendo a la *lex mercatoria* entendido como verdadero ordenamiento jurídico y que, como tal, estaría codificado,¹⁵ o si, por el contrario, contempla la posibilidad de referirse a la *lex mercatoria* como método.

En mi opinión, si bien es muy probable que el legislador no estuviera pensando en esta concepción de la *lex mercatoria* a la hora de redactar el precepto, no lo es menos que ésta se ajusta perfectamente a su pretensión

¹³ Todo ello, claro está, suponiendo que el mero hecho de aplicar determinadas “normas jurídicas” no suponga, por sí mismo, que el arbitraje pase a tener la consideración de *internacional*. Sobre la amplia interpretación de la expresión “intereses del comercio internacional”, véase Gómez, Jene, “Artículo 3o.”, *op. cit.*, nota 12, pp. 35-42.

¹⁴ *BOE*, núm. 238, del 4 de octubre de 1975.

¹⁵ Para entender el alcance de esta afirmación, véase en su totalidad el trabajo de Berger, *op. cit.*, nota 4. Por otro lado, y como podrá imaginarse, tal afirmación ha suscitado toda una avalancha de críticas. En este sentido, además de los autores españoles citados en la nota anterior, véase también, Bar y Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Múnich, 2003, pp. 75-93.

en este contexto. Y es que, como el mismo legislador reconoce, “en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de *varios* ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional”.¹⁶

14. En tercer lugar, pero en directa relación con lo anterior, debe llamarse la atención sobre esa particular distinción entre “normas jurídicas” y “usos” que hace la ley. Así, y aceptando como debe aceptarse que el primer término alude a la ya citada *lex mercatoria*, llama la atención que el último párrafo del precepto en cuestión únicamente haga alusión a los “usos aplicables”. Parece, por tanto, como si estos “usos” no fueran considerados parte de esa *lex mercatoria*.¹⁷

Dicha distinción, por lo demás, podría incluso estar en línea con la diferenciación anteriormente esbozada sobre las distintas acepciones de *lex mercatoria*; y más concretamente, con su acepción *avanzada*. Sin embargo, y por lo que ahora importa, cabe señalar que tal diferenciación en nada desvirtúa nuestra interpretación anterior sobre lo que debe entenderse por *lex mercatoria*. En efecto, ese *method of decision-making* que la *lex mercatoria* supone, se concreta a partir de la aplicación de principios generales, y no a partir de la aplicación de usos del comercio internacional.

De hecho —y por eso creemos que esa distinción entre “usos” y “normas jurídicas” está justificada—, cuando los árbitros deciden la controversias conforme a una ley estatal deberán tener en cuenta los usos aplicables (así lo exige el párrafo tercero del artículo en cuestión), y no tanto los principios generales como pueden ser, por ejemplo, los Principios de *Unidroit*.¹⁸

15. Considerando lo anterior, pero ahora desde otra perspectiva, debe llamarse la atención sobre la importancia que el legislador parece dar en este contexto a la *lex mercatoria*. El ejemplo más representativo de esta afirmación se encuentra en el párrafo segundo *in fine* del precepto, pues, en su virtud: “Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas”.

De una primera lectura del precepto, y dependiendo del alcance que quiera otorgarse a la expresión “normas jurídicas”, podría incluso enten-

¹⁶ Así la Exposición de Motivos de la Ley (VII).

¹⁷ Más detenidamente, veáse el comentario al artículo 9o.

¹⁸ Sobre esta distinción, más detenidamente, véase Gaillard, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 203-217.

derse que el legislador prefiera el recurso a la *lex mercatoria* antes que a un ordenamiento jurídico estatal. Tal sería el caso, en efecto, si se interpretase que por “normas jurídicas” únicamente debe entenderse la citada *lex mercatoria*.

Sin embargo, esta interpretación estricta de la expresión “normas jurídicas” no es correcta, pues tal denominación debe interpretarse en su sentido más amplio, entendiendo que su tenor también hace referencia a las leyes de un ordenamiento estatal. En palabras del legislador:

La ley prefiere la expresión “normas jurídicas aplicables” a la de “derecho aplicable”, en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos [repetimos] lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional.

16. Como una primera conclusión de lo hasta aquí dicho, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico español —vía regulación del arbitraje— contempla tanto en el plano del derecho convencional como en el plano del derecho de fuente interna la aplicación de *la lex mercatoria*.

17. Ahora bien, lo anterior no impide para afirmar que la relevancia de la *lex mercatoria* no debe ser exagerada. Máxime si confrontamos los datos que nos ofrece la práctica arbitral. Así, según una reveladora estadística de la CCI, podría incluso afirmarse que las partes no gustan de someterse voluntariamente a sus dictados. En efecto, según el *Informe estadístico* de la CCI correspondiente al año 2002, de los cerca de 700 contratos sometidos a arbitraje, únicamente uno contenía una cláusula de sumisión a los Principios de Unidroit. El 79.4% de los contratos contenía una cláusula de ley aplicable —a un concreto ordenamiento estatal—. El 18.3% (119 contratos) no contenía ningún tipo de cláusula al respecto. El 1.6 de los contratos contenían una cláusula de sumisión a arbitrajes de equidad y únicamente el 0.7% de los mismos sometían la controversia a reglas o principios generales.¹⁹

En consecuencia, no es muy temerario afirmar que a la aplicación de la *lex mercatoria* sólo se llega cuando el contrato controvertido guarda silencio sobre la cuestión de las normas aplicables al fondo de la controver-

¹⁹ Fuente: *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 14, núm. 1, 1er. semestre 2003.

sia.²⁰ A mayor abundamiento, tampoco debe ocultarse que su interpretación no siempre resulta tan sencilla.

Una buena muestra de esta última afirmación la encontramos en el famoso arbitraje *Andersen*. Tristemente célebre por las astronómicas cuantías que las partes se disputaban (\$14.6 millardos), es lo cierto que el colegio arbitral llegó a la aplicación de los Principios Unidroit al considerar que: “the Unidroit Principles of International Commercial Contracts are a reliable source of international commercial law in international arbitration for they contain in essence a restatement of those ‘principes directeurs’ that have enjoyed universal acceptance and, moreover, are at the heart of those most fundamental notions which have consistently been applied in arbitral practice”. Sin embargo, la interpretación de tan importantes preceptos como son el artículo 1o.7 (*Good faith and fair dealing*); el artículo 4o.1 (*Intention of the parties*); el artículo 5o.4 (*Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts*); o el mismo artículo 6o.2.3 (*Effects of hardship*) ha suscitado ciertas críticas en la doctrina.²¹

9. Por otro lado, pero en armonía con lo anterior, cabe destacar que para consumar la efectiva aplicación de la *lex mercatoria*, el legislador español ha consagrado en el precepto señalado lo que desde hace algunos años ya la doctrina francesa conoce con la expresión “*voie directe*”;²² esto es, se consagra la posibilidad de que, en defecto de elección expresa de las partes, los árbitros determinen las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia —ya sea una ley estatal, ya sean unos principios generales— sin sujeción al sistema conflictual en vigor en el país donde se celebre el arbitraje. Se trata, por otro lado, de una opción expresamente querida por el legislador, pues en la misma Exposición de Motivos de la norma establece con meridiana claridad que “La ley no sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto”.

²⁰ Paradigmático: Laudo SCC 117/1999, *Stockholm Arbitration Report*, 2002:1, con nota de Fernández-Armesto, pp. 59-81.

²¹ Bonell, “A ‘Global’ Arbitration Decided on the Basis of the Unidroit Principles”, *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck Institut für Privatrecht*, Tubingia, 2001, pp. 771-784.

²² Sobre esta cuestión, y como uno de los primeros referentes, veáse Derains, “Les normes d’application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale”, *Études offertes à B. Goldman*, Paris, 1982, pp. 29-35.

Como el lector podrá deducir, la técnica del *voie directe* es una técnica necesaria para consagrar el recurso a la *lex mercatoria*. Y es que, si no se exige a los árbitros de la aplicación de un sistema determinado de normas de conflicto —de ordinario, el sistema del país donde se celebre el arbitraje— difícilmente llegarán a la aplicación de la *lex mercatoria*. Ello es así porque, como es bien sabido, estas normas remiten a un ordenamiento jurídico concreto y no, precisamente, a un conjunto de principios generales.

Esta opción, controvertida a nivel doctrinal,²³ tiene tanto ventajas como desventajas. Ventajas, si aceptamos que el sistema conflictual del país —neutral— en el que se celebre el arbitraje no tiene por qué tener relación alguna con la controversia que en el mismo arbitraje se dilucide. Y desventajas, si convenimos en que tal vía comporta necesariamente una importante merma de seguridad jurídica —en el sentido de previsibilidad— para las partes.

Sea como fuere, es cierto que la LA, en defecto de acuerdo entre las partes, opta por que los árbitros decidan, por sí mismos, si finalmente la controversia debe dirimirse en aplicación de una ley estatal concreta, si finalmente debe dirimirse en aplicación de una ley estatal en conexión con ciertos principios generales del comercio internacional, o si, simplemente, debe dirimirse en aplicación de esos principios generales. El sistema conflictual del ordenamiento español —en la mayoría absoluta de los supuestos, el previsto en el Convenio de Roma de 1980 (CR)—²⁴ es irrelevante a estos efectos; y, en consecuencia, también lo es la forma de determinar el ordenamiento que presenta los “vínculos más estrechos” con la controversia. Desde la perspectiva de los árbitros, por tanto, lo anterior significa tanto como que éstos no están obligados a aplicar la *lex domicilii debitoris*.²⁵ Lo

²³ Sobre todo en la doctrina alemana. A este respecto, veáse, entre otros, las críticas de Sandrock, “Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO”, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2000, pp. 321-328, esp. p. 323; y, Schütze, “Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren und die Feststellung seines Inhalts”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl- Heinz Böckstiegel*, 2001, pp. 715-725.

²⁴ Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980.

²⁵ A la aplicación de la *lex domicilii debitoris* se llega por aplicación del artículo 4o. del CR. En su virtud, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual.

cual, a su vez, no significa necesariamente que su ámbito de decisión sea ilimitado, pues, en cualquier caso, deberán tener presente la posible aplicabilidad de normas imperativas y los intereses de las partes (*ad. ex. costes*).

De hecho, y a partir de esta última afirmación, podría incluso sostenerse que, en puridad, la tan manida *voie directe*... no es más que *non nova, ced nove*.

10. Por último, y aunque el precepto no haga alusión al respecto, parece obvio que los árbitros podrán realizar lo que en el ámbito del CR se conoce con el término de *depeçage*; esto es, la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos o principios generales a diferentes extremos del contrato.

IV. LEX MERCATORIA EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL: DESDE LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL HASTA LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA

11. La plasmación del criterio anteriormente asumido en torno a la realidad de la *lex mercatoria* no sólo tiene su relevancia en el ámbito de la ley aplicable al fondo de la controversia, sino que también puede apreciarse con especial nitidez en el ámbito del mismo procedimiento arbitral.

En efecto, dentro de las diferentes cuestiones que puedan ir suscitándose a lo largo de tal procedimiento, existen por lo menos dos donde la aplicación de la *lex mercatoria* —esta vez en forma de “jurisprudencia” arbitral y no en forma de principios generales— puede resultar especialmente interesante. Me refiero, concretamente, al ámbito de la extensión de los efectos del convenio arbitral y al ámbito de la arbitrabilidad de la materia.

También podría pensarse que el ámbito de la validez formal del convenio arbitral es un ámbito especialmente estudiado por los árbitros. Sin perjuicio de que ello pueda ser así, ocurre, sin embargo, que la regulación de lo que es la validez formal del convenio arbitral es tan generosa —tan *pro-arbitraje*— en gran parte de los ordenamientos estatales, que para defender la validez formal del convenio arbitral prácticamente resulta más acertado indagar en la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia antes que en los laudos arbitrales. En efecto, el artículo 9o. de la nueva Ley de Arbitraje española regula la validez formal del convenio arbitral desde una perspectiva tan *antiformalista* que en el futuro será difícil encontrar jurisprudencia en la que se establezca la nulidad formal del con-

venio arbitral.²⁶ A mayor abundamiento, es de destacar que ya desde hace algún tiempo el Tribunal Supremo español se ha desprendido de las ataduras formales del artículo II del *Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, hecho el 10 de junio de 1958 (CNY) para esgrimir la validez formal del convenio arbitral. Paradigmático en este sentido es el auto del TS de 28.3.2000,²⁷ cuando constatando que de los documentos aportados no puede deducirse el consentimiento escrito de cada parte, señala:

dichos documentos no cumplirían con las exigencias formales impuestas en el artículo IV, 1 b/ del Convenio. Sin embargo... esta Sala ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte en la relación negocial.

12. Centrándonos entonces en el ámbito de la *extensión de los efectos del convenio arbitral*, la primera constatación que debe hacerse es que se trata de una materia no regulada en la nueva Ley de Arbitraje española. Se trata, por tanto, de una laguna legal que debe integrarse recurriendo a la jurisprudencia.

Desde esta perspectiva debe señalarse, además, que son varios los supuestos en los que pueden plantearse problemas relativos a esta materia. De entre ellos, seguramente el más representativo sea el que concierne a la extensión del convenio arbitral a un grupo de sociedades o —*mutatis mutandis*— de Estados.

13. Pues bien, situados ante esta concreta cuestión llama la atención el hecho de que la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia es ciertamente escasa; máxime, si la contrastamos con el volumen que ha alcanzado en la “jurisprudencia” arbitral.

En efecto, una primera incursión en la materia revela claramente que es éste uno de los aspectos donde la aplicación de la *lex mercatoria* —en el

²⁶ Sobre este precepto *in extenso*, véase Gómez Jene, Miguel, “Artículo 9o.,” en Arias Lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Pérez-Llorca Abogados-Aranzadi, 2005, pp. 79-89.

²⁷ *Revista de la Corte Española de Arbitraje (RCEA)*, 2000, pp. 253-255 (citando otros Autos en la misma dirección). De dicción muy similar véase también el auto de 14.7.1998, *RCEA*, 1999, pp. 287-289.

sentido de “jurisprudencia” arbitral— tiene toda su justificación. De hecho, se trata de una cuestión con la que los árbitros ya se han visto confrontados, y, en consecuencia, sobre la que ya existen importantes referencias interpretativas.

Tampoco es objeto de esta aportación indagar sobre esta cuestión. Entre otras cosas, porque ya existe un estudio serio y minucioso al respecto.²⁸ Por tanto, baste ahora con señalar que en las recopilaciones de laudos arbitrales existentes pueden encontrarse multitud de laudos que se pronuncian sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral.²⁹ Sin embargo, el número de supuestos resueltos en la jurisprudencia ordinaria es extraordinariamente inferior.³⁰ Por lo menos por lo que a la jurisprudencia española se refiere.³¹

Lo anterior es consecuencia lógica del principio teórico de la *Kompetenz-kompetenz*. Así es, pues, si en virtud de este principio los árbitros tienen potestad para conocer de su propia competencia, esto es, tienen potestad para decidir sobre la misma validez del convenio arbitral, parece evidente que también serán ellos quienes en mayor medida se pronuncien sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral.³²

14. A título de ejemplo, y haciendo ahora una fuerte simplificación, puede afirmarse que la práctica arbitral ha pergeñado las siguientes condiciones para aceptar la extensión de dichos efectos:³³ que se constate la participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la negociación o ejecu-

²⁸ Sobre estas cuestiones, por todos, Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 2001; *idem*, “Arbitraje, grupos de Estados y extensión de los efectos de la cláusula arbitral”, *RCEA*, 2000-2001, pp. 57-82.

²⁹ Una valiosísima recopilación de laudos CCI puede verse en los cuatro volúmenes publicados hasta la fecha de Arnaldez, Derains y Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards*, 1974-1985; 1986-1990; 1991-1995; 1996-2000, La Haya, Kluwer.

³⁰ Como uno de los escasos referentes puede verse la STS del 6 de febrero de 2003 (RJ 2003\850).

³¹ Pues otro es el caso de la jurisprudencia francesa, jurisprudencia que puede consultarse en la revista especializada *Revue de l'Arbitrage*.

³² Sobre la plasmación de este principio en la nueva Ley española véase Gómez Jené, Miguel, “Artículo 22”, en arias lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Pérez-Llorca Abogados-Aranzadi, 2005, pp. 225-232.

³³ Seguimos aquí los criterios destacados por Aguilar Grieder, “Arbitraje...”, *op. cit.*, nota 28, p. 71.

ción del contrato; o bien, que se constate la voluntad común de las partes de someter a dicha sociedad al contrato litigioso; o bien, cuando se constate una fuerte apariencia de ser la sociedad no firmante una verdadera parte contractual.

Como podrá apreciarse, los criterios enunciados son criterios de todo punto coherentes que sirven, por lo que ahora importa, para demostrar la viabilidad de la *lex mercatoria* en el seno del procedimiento arbitral.

15. La misma consideración positiva merece la doctrina emanada de los colegios arbitrales en la cuestión relativa a la *arbitrabilidad* de la materia.

En efecto, una de las cuestiones más controvertidas en los arbitrajes comerciales internacionales es la que gira en torno a la concreción del ordenamiento jurídico a cuya luz se determinará la arbitrabilidad de la controversia.

Dicha cuestión —por controvertida— no ha encontrado una solución unánime. En términos generales, puede afirmarse que tradicionalmente dos han sido las leyes propuestas para regular esta cuestión: la ley aplicable al convenio arbitral y la ley del lugar del arbitraje.³⁴

Sin ánimo de exhaustividad, baste ahora con destacar que la resolución de la cuestión en clave conflictual no parece ser la vía más adecuada.³⁵ Y es que, muy probablemente, la mejor forma de abordarlo sea la que tradicionalmente siguen los árbitros en la práctica; esto es, teniendo en cuenta tanto los intereses de las partes como lo dispuesto en los diferentes ordenamientos en juego —básicamente, ley del lugar del arbitraje, ley aplicable al contrato y ley del lugar donde pueda instarse el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.³⁶

16. Pues bien, el razonamiento anterior se plasma implícitamente en la nueva Ley de Arbitraje española, pues en su aplicación como *lex loci arbitri*, si el arbitraje tiene carácter *internacional* “el convenio arbitral será válido y la controversia *será susceptible de arbitraje* si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para

³⁴ Sobre esta cuestión *in extenso*, véase Hanotiau, “L’arbitrabilité”, *Recueil des Cours*, La Haya, Academia de Derecho internacional, 2002, vol. 296, pp. 64-112.

³⁵ En este sentido, con más detenimiento, Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, 1997, pp. 181-192; Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours*, La Haya, Academia de Derecho internacional, 2001, vol. 290, pp. 108-115.

³⁶ Y decimos *ley aplicable al contrato* y no *ley aplicable al convenio arbitral*, porque en la mayoría absoluta de los supuestos las partes no harán distinción al respecto.

regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español” (artículo 9o.6).³⁷ Se trata, como podrá constatar, de una relevante consecuencia que se deriva de ese carácter *anacional* que imbuye a la norma, y en virtud de la cual la arbitrabilidad de la materia queda prácticamente en manos de la autonomía de la voluntad de las partes: basta con que éstas sometan la controversia a unas normas jurídicas a cuya luz la materia sea arbitrable, para que, por ejemplo, el juez español no pueda anular el laudo resultante con base, precisamente, a que la materia no es arbitrable en aplicación del ordenamiento jurídico español. Ello, claro está, con el límite que en este contexto impone la cláusula de orden público.

17. En consecuencia, la nueva ley española también acepta expresamente el juego de la *lex mercatoria* en el ámbito de la arbitrabilidad de la materia. En su virtud, las partes podrán abstraerse de los dictados del ordenamiento español en lo que a esta cuestión se refiere. Se trata, sin duda, de una buena muestra del carácter *pro arbitraje* —y por ende— *pro lex mercatoria* que proclama la nueva norma.

V. CONCLUSIONES

Para entender la relevancia de la *lex mercatoria* en el contexto del comercio internacional es obligado dirigir la atención al ámbito del arbitraje comercial internacional.

A partir de aquí, puede afirmarse que la existencia de la *lex mercatoria* es un dato incuestionable. Pero aun siendo incuestionable es cierto que todavía son distintas las concepciones que sobre ella existen.

De entre todas las concepciones posibles, entiendo que la más acertada es la que define a la *lex mercatoria* como un *method of decision-making*. Además, entiendo también que esta interpretación de *lex mercatoria* tiene expresa cabida en la nueva Ley de Arbitraje española: tanto en el ámbito de las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia como en el ámbito del mismo procedimiento arbitral.

³⁷ Sobre esta cuestión *in extenso*, véase Gómez Jene, Miguel, “Artículo 9o.”, *op. cit.*, nota 26, pp. 79-89.