

# EL SOFT LAW (SUSTANTIVO) COMO HERRAMIENTA AL SERVICIO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

## (SUBSTANTIVE) SOFT LAW AS A TOOL IN THE SERVICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

*Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 182-201*

"The great increase in trade, the intensification of economic interdependence and the growing complexity of economic processes had led countries to undertake efforts towards unifying the legal rules which governed international trade and those efforts were beginning to bear fruit". Prof. EÖRSI\*

\* Discurso del Prof. Gyula Eörsi pronunciado en la sesión de apertura de la conferencia diplomática de Viena de 1980 sobre el contrato internacional de mercaderías, el 10 de marzo de 1980. Vid. Documento A/CONF.97/SR.I, presente en las pp. 196 y ss. de los "Official Records" de la conferencia.



Víctor Javier  
LANA ARCEIZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 14 de febrero de 2023

**ARTÍCULO APROBADO:** 20 de abril de 2023

**RESUMEN:** El arbitraje internacional se expone, por su propia naturaleza, a que de manera habitual converjan distintos ordenamientos jurídicos en una misma disputa. Esta convergencia puede ser objetiva, porque los derechos de diversos estados sean relevantes; o tener un carácter subjetivo -y menos evidente-, porque las diferentes figuras que participan en el proceso tengan formación jurídica propia de ordenamientos distintos. Este decalaje puede cobrar relevancia cuando, quien ha de resolver la disputa, tenga un bagaje legal diferente al del derecho que ha de ser aplicado. En este escenario, las herramientas de soft law material, que armonizan distintos sistemas legales, pueden ser útiles para salvar esta brecha en el campo del arbitraje internacional, ofreciendo a los árbitros y a las partes un marco común desde el que realizar la labor de interpretación de la norma aplicable al fondo.

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje internacional; soft law; Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos; Principios de Derecho Europeo de los Contratos; Principios UNIDROIT.

**ABSTRACT:** *International arbitration is, by its very nature, exposed to the regular convergence of different legal systems within the same dispute. This convergence may be objective, because the national laws of different states are involved, or it may be subjective (and less obvious), because the different parties to the dispute have their own background from different legal systems. This mismatch may become relevant when the one who must resolve the dispute has a different legal background from the law to be applied. In this scenario, the tools of substantive soft law, which harmonise different legal systems, may be useful in bridging this gap in the field of international arbitration, offering arbitrators and parties a common framework from which to interpret the law applicable to the merits.*

**KEY WORDS:** *International arbitration; soft law; Principles of Latin American Contract Law; Principles of European Contract Law; UNIDROIT Principles.*

**SUMARIO.- I. LA INTERSECCIÓN DE LENGUAJE Y DERECHO: ENTRE EL PARANGÓN Y LA IDENTIDAD.- II. LA AFLICCIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.- III. EL SOFT LAW MATERIAL COMO PUNTO DE ENCUENTRO EN EL BABEL JURÍDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.- IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA.**

## **I. LA INTERSECCIÓN DE LENGUAJE Y DERECHO: ENTRE EL PARANGÓN Y LA IDENTIDAD.**

Que el Derecho es -o se sirve del- lenguaje está fuera de toda duda. El lenguaje es la herramienta a través de la cual el derecho se hace, y la misma que permite su ulterior revelación. Como señala el Prof. ROBLES MORCHÓN, “[q]ue el derecho se manifiesta por medio del lenguaje es una verdad evidente. La palabra constituye la misma entraña del derecho en cualquiera de sus manifestaciones. Todos los procesos de comunicación que tienen lugar en un ámbito jurídico son posibles mediante las palabras”<sup>1</sup>. En sentido contrario, el derecho -en cualquiera de sus manifestaciones- no sería posible fuera de la esfera comunicativa.

Si algún fenómeno humano puede existir al abrigo del lenguaje, el derecho no es uno de ellos. No en vano HEIDEGGER definía el lenguaje como la casa del ser<sup>2</sup>, sugiriendo “que sin el lenguaje, sin la palabra, nada puede mostrarse, nada puede aparecer ante nosotros como algo inteligible”<sup>3</sup>.

Podríamos mantener, incluso, que todo acto legislativo supone una particular manifestación lingüística, donde lo específico de aquella es su naturaleza prescriptiva. Una suerte de discurso público, que supera lo descriptivo -o, mejor dicho, parte de esa realidad-, cuyo objeto es precisamente la prescripción que promulga<sup>4</sup>. La posición de BOURDIEU no parece muy lejana al apuntar que “[e]l derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos”<sup>5</sup>.

1 ROBLES MORCHÓN, G.: *Comunicación, Lenguaje y Derecho (algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 30.

2 HEIDEGGER, M.: *Identidad y diferencia*, ARCIS, 1957, p. 13.

3 HEIDEGGER, M.: *Unterwegs zur Sprache*. Pfullingen: Verlag Günther Neske, 1959, Cit. en SATORRE GRAU, F. J.: “El hombre ante el don de la lengua”, *SCIO*, 2007, Vol. 1, p. 58.

4 MARMOR, A.: *The Language of Law*, Oxford University Press, 2014, p. 12, afirma que “[...] the collective action of the legislators enacting a law is a collective speech act, whereby some content is communicated that is, essentially, the content of the law voted on. This communicated content is the legal content of the act [...]”.

5 BOURDIEU, P.: *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en BORDIEU, P., TEUBNER, G.: *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 198.

### • Víctor Javier Lana Arceiz

Abogado y Doctorando en Derecho (UNAV). Becario de la Fundación Oriol-Urquijo. Correo: victor.lana@icam.es. Orcid ID: 0000-0002-3947-2983.

Que el lenguaje es un presupuesto de cualquier acto jurídico -cuando no el acto en sí mismo- constituye, por tanto, una realidad.

## II. LA AFLICCIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.

El derecho es lenguaje. Los problemas que afecten al acto comunicativo que vehiculiza o da forma al derecho, en consecuencia, también lo harán al derecho mismo como manifestación de aquel. Como es natural, el arbitraje -como fenómeno jurídico-, no se escapa a la realidad y vericuetos lingüísticos.

Dentro de los problemas comunicativos que afligen al Derecho el plurilingüismo -el “castigo de Babel”- ocupa un lugar relevante, que por su naturaleza se manifiesta con mayor insistencia en el ámbito internacional de las relaciones jurídicas. Por ejemplo, en el ámbito del derecho uniforme el uso de diferentes idiomas en el tráfico jurídico supone un problema no menor que su solución mediante traducciones<sup>6</sup>, o la autenticación multilingüe de herramientas jurídicas<sup>7</sup>.

La práctica, naturalmente, tampoco logra evadir esta aflicción: si entre emisor y receptor se abre una brecha idiomática la comunicación se ve impedida en su forma inmediata. La exposición internacionalidad del arbitraje constituye un elemento casi anatómico de aquel; lo que conduce a la habitualidad de estos escenarios<sup>8</sup>. Estas dificultades se superlativizan por la multitud de partes -*lato*

- 6 Un botón de muestra lo encontramos en la adopción por la United Nations Interim Administration Mission in Kosovo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG), como derecho interno -añadiendo un par de salvedades a la CISG- para regular las compraventas domésticas, en el año 2000. MÜNDEL da cuenta del gran número de errores que hubo en la traducción del texto al Albanés. Entre ellos, suenan con particular fuerza las traducciones de “ought to have known” por lo que en albanés quiere decir “would have loved to have known”, “effective” por “plenipotentiary”, “industrial property” por “property right of production”, o “recover the difference” por “improve the difference”. Vid. MÜNDEL, F.: *Lexicographical Musings - The Variegated Language of Sales Law: a Modern Tower of Babel*, Uniform Law Review, 2003, Vol. 8, Fasc. 3, p. 641-642. También Cfr. OSMANI-SADRIU, V.: *Domestication of the CISG: examples from a few jurisdictions*, Journal of Law & Commerce, 2020, vol. 38, pp. 387-405.
- 7 Huelga señalar que en el ámbito de los tratados es posible recurrir a la norma del art. 33 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Al respecto de esto último, Vid. PAPAUX, A.: *Article 33-Interprétation de Traités Authentifiés en Deux ou Plusieurs Langues* en CORTEN, O., KLEIN, P. (dirs.): *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités*, vol. II, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 1373-1400 y SHELTON, D.: *Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties*, en Hastings International & Comparative Law Review, Vol. 20, 1997, pp. 611-638. No obstante, la doble o múltiple autenticación como técnica legislativa ha levantado la crítica de un sector doctrinal, particularmente en torno a la CISG. Por todos, Vid. FLECHNER, H. M.: *The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 Journal of Law and Commerce, 1998, pp. 192 y 207-208; y MALCOLM, E.: “Authentic Text and Witness Clause”, en BIANCA-BONELLI (dirs.): *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 677-678.
- 8 Que entrañan obstáculos comunicativos cuyos remedios, a su vez, pueden venir empañados por nuevos problemas. Entre los primeros podemos encontrar el recurso a traducciones de los escritos, pruebas y anexos al idioma del proceso; la decisión de conducir el proceso en dos o más idiomas (multilingual proceedings); o el uso de interpretaciones simultáneas o consecutivas en las audiencias de prueba, con los problemas que estos métodos pueden acarrear. Al respecto de estas soluciones -y sus posibles problemas-, Vid. DE GERMANY, L.: *Practical Insights on Multilingual Proceedings*, 2021, en KARTON, J., GREENBERG, S., YANG, F., NASIR GORE, K.: *Practical Insights by topic*, Kluwer Arbitration; OETIKER, C.: “Witnesses before the International Arbitral Tribunal”, *ASA Bulletin*, vol. 25, Fasc. 2, 2007, pp. 253-278; ULMER, N.: *Language, Truth, and Arbitral Accuracy*, Journal of International Arbitration, 2011, Vol. 28, Fasc. 4, pp. 295-311; KAPLAN, N.:

sensu- que habitualmente se ven involucradas en un proceso: árbitros, staff de las cortes arbitrales, abogados, representantes de las partes, testigos, peritos técnicos y legales, etc<sup>9</sup>.

Mi propósito no es, empero, abordar los problemas que el multilingüismo suscita en la práctica del arbitraje. No obstante, la anterior exposición sirve de preámbulo para introducir el siguiente tema: cómo las herramientas de *soft law* sustantivo pueden ser útiles en el campo del arbitraje internacional.

Si el plurilingüismo resulta un problema en la práctica arbitral, también puede serlo la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos que convergen en un mismo litigio; lo que a los solos efectos de este trabajo denomino pluralismo jurídico.

Siguiendo con el parangón entre el idioma y la ley, el Prof. Frank MÜNDEL sugería que “si la música es el alimento del amor, el derecho tiene que ser el lenguaje de cualquier relación seria”<sup>10</sup>. Con este tono irónico, el académico de Gotinga apelaba a la moderna Torre de Babel que dibujaba el abigarrado plurilingüismo o pluralismo jurídico del derecho transaccional internacional.

Esta realidad incrementa la complejidad del proceso arbitral por la interrelación de diferentes derechos, en un plano tanto objetivo como subjetivo: esto es, tanto si en la disputa debe aplicarse el derecho de diferentes Estados (e.g., *dépeçage*<sup>11</sup>); como si en el proceso intervienen actores con diferentes bagajes jurídicos (e.g., tribunales formados por árbitros de diferentes sistemas legales, con un

---

*Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 14: Problems at Both Ends*, en KRÖLL, S., MISTELIS, L., et al. (eds.): *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, pp. 273-290; LAZOPOULOS, M.: *Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 17 [Language]*, en ARROYO, M. (Ed.): *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2018, pp. 625-631; BINDER, P.: *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer Law International, 2019, pp. 357-362; TERCIER, P., PATOCCHI, P. M., et al.: “L'usage des langues dans arbitrage”, *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage*, vol. 2016, Fasc. 3, 2016, pp. 749-790; o TUNG, S.: *Chapter 34: The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights*, en SHAUGHNESSY, P. L., TUNG, S. (eds.): *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, pp. 359-372.

9 Y la posibilidad -frecuente, por otro lado- de que entre estos actores converjan diferentes lenguas. Al respecto, Vid. BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, pp. 2398 y 2399.

10 MÜNDEL, F.: *Lexicographical Musings - The Variegated Language of Sales Law: a Modern Tower of Babel*, *Uniform Law Review*, 2003, Vol. 8, Fasc. 3, p. 641. En su inglés original: “[i]f music be the food of love, law has to be the language of any serious relationship”.

11 El Prof. BORN se hace eco de otros ejemplos de concurrencia objetiva en la elección de dos o más derechos nacionales distintos igual y directamente aplicables a una relación jurídica (o choice of multiple national laws, e.g., “este contrato se regirá por las Leyes de los Estados A y B”); o bien mediante su elección convergente (o choice of overlapping national laws, e.g., “este contrato se regirá por las normas comunes a las Leyes de los Estados A y B”). Huelga señalar que el *dépeçage* se distancia de estos fenómenos en tanto supone aplicar diferentes ordenamientos jurídicos, de diferentes Estados, a distintas partes, elementos o aspectos de un contrato u otra relación jurídica. Vid. al respecto de todo lo anterior BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, pp. 2961 y 2962.

entendimiento apriorístico del problema jurídico subyacente condicionado por ellos)<sup>12</sup>.

Ahora, ¿en qué sentido el pluralismo jurídico puede ser un problema?

Hay quien ha apuntado que, cuando existe un decalaje entre la ley aplicable a la disputa y el bagaje del árbitro u árbitros que deben resolverla, la eficiencia del proceso puede verse comprometida e, incluso, dificultar la emisión de *more balanced awards*<sup>13</sup>.

El Prof. RESPONDEK -que encabeza esta crítica- se hace eco de un laudo con el que busca ejemplificar esta problemática: se trata de un laudo que dirime una disputa sometida a un ordenamiento de derecho civil, cuya resolución se puso en manos de un árbitro con bagaje y formación de *common law*. No sin cierta sorna, RESPONDEK explica que el laudo en cuestión dedicaba importantes esfuerzos a debatir categorías típicas del derecho común como la *consideration*<sup>14</sup>, que poco o ningún encaje tenían en la disputa civil que estaba resolviendo<sup>15</sup>.

12 Los siguientes datos se introducen con el caveat, compartido, de que la nacionalidad no determina, necesariamente, el desconocimiento o falta de familiaridad con un determinado derecho. No obstante, estas estadísticas -en ausencia de datos más precisos sobre la relación entre derecho aplicable y *background* arbitral- pueden servir de tercio de comparación al respecto, desde un criterio meramente heurístico. Sin ánimo de agotar la cuestión, por ejemplo, el 76% de los procedimientos administrados en 2021 por la LCIA se referían a disputas en las que las partes habían elegido la ley inglesa como derecho sustantivo. Sin embargo, tan sólo el 59% de los árbitros nombrados ese ejercicio tenía nacionalidad inglesa, que contrasta con que únicamente el 14,2% de las partes tenían esta nacionalidad, y sólo el 5% de los procedimientos involucraban a partes que fueran, todas ellas, del Reino Unido (Vid. LCIA 2021 Annual Casework Report). En Iberoamérica, sirva de ejemplo la Câmara Do Mercado de Brasil, que en 2021 la totalidad de los procedimientos administrados por esta se resolvieron con base en el derecho brasileño, si bien en tales procesos se vieron involucradas partes de 36 nacionalidades diferentes y se reflejaron 7 nacionalidades diferentes entre los árbitros que decidieron en sus procesos (si bien una importante mayoría tenían nacionalidad brasileña) (Vid. Estadísticas 2021).

13 RESPONDEK, A.: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 31, Fasc. 4, 2014, p. 512.

14 Cfr. RESPONDEK, A.: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", cit., p. 512.

15 Al diagnóstico de RESPONDEK tal vez quepa añadir una cuestión de importancia no menor. Y es que, más allá de la todavía debatida aplicabilidad del principio *iura novit curia* (rectius, *arbiter*) en el arbitraje internacional, hay elementos normativos que un árbitro debe conocer y aplicar, incluso de oficio en determinadas circunstancias, como por ejemplo las normas de orden público en el ámbito de la Unión Europea. La distancia del árbitro o colegio arbitral con el ordenamiento comunitario podría -destacamos el condicional- dificultar la toma en consideración de estas normas. Cabe recordar que en el asunto *Eco Swiss v. Benetton* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999 [C-126/97]), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas apuntó que el art. 81 del entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Europea era una norma que "puede considerarse una disposición de orden público" (¶139) en el plano comunitario. El Tribunal añadió que, en la medida en que los árbitros están fuera del circuito jurisdiccional comunitario y no pueden en consecuencia elevar cuestiones prejudiciales, el principio de interpretación uniforme sobre el derecho comunitario "exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE, y, en su caso, plantearlas al Tribunal de Justicia para que este las resuelva con carácter prejudicial" (¶140). Sobre esta base concluye que "un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público" (¶141). De ello cabe deducir que recae sobre los árbitros el deber de conocer y aplicar -incluso de oficio- las normas de orden público comunitarias, so pena de que el laudo que la ignore pueda considerarse contrario a dicho orden público. Al respecto de esto último, Vid. LENTZ DE

En una línea paralela, también se han descrito situaciones en las que la aplicación de un derecho diferente a aquel con el que el árbitro está familiarizado genera obstáculos al propio árbitro, sólo sea en términos psicológicos, fruto de la falta de familiaridad con la norma aplicable<sup>16</sup>. De esta clase de problemas da cuenta el Prof. LANDO, que señala que todos aquellos que han participado en un arbitraje internacional al que resulta aplicable una norma extranjera, “han experimentado la frustración de que les explique la ley un participante que es “nativo” de ese sistema jurídico. Si el nativo no es el árbitro único o el presidente del tribunal, sino alguien que está o puede sospecharse que está interesado en el resultado de la disputa, uno puede tener razones para temer que no siempre se le exponga toda la verdad sobre la norma. Sin embargo, uno sigue siendo el extranjero que habla sin autoridad, uno es el dilatante donde el otro es el experto. Si ese otro es su coárbitro, a menudo uno tiene muy poco que decir”<sup>17</sup>.

Si lo anterior supone el diagnóstico de un problema, la propuesta que este sector formula es que las cortes arbitrales pongan un mayor énfasis en el *background* legal de los árbitros nominados, de manera que su bagaje cohoneste

---

MOURA VICENTE, D. M.: “La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, IproLex, vol. 10, Fasc. 1, 2017, pp. 31 y 32; WAICYMER, J. M.: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, pp. 1024 y 1036-1037 y “International Arbitration and the Duty to Know the Law”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 28, Fasc. 3, 2011, pp. 236-237.; CORDERO-MOSS, G.: *Chapter 6: Iura Novit Curia*, en FERRARI, F., ROSENFELD, F. J. (eds.): *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022, p. 129.

- 16 Cfr. BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005, p. 22.
- 17 LANDO, O.: *Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, 1994, pp. 140 y 141. En su inglés original: “[t]hose who have participated in an international arbitration governed by foreign law have experienced the frustration of being told the law by a participant who is a “native” of that legal system. If the native is not the sole arbitrator or the president of the tribunal, but one who is or may be suspected of being interested in the outcome of the dispute, you may have reason to fear that you are not always told the whole truth about the law. Nevertheless, you remain the foreigner who speaks without authority, you are the dilettante where the other is the expert. If he is your co-arbitrator, you have often very little to say”. El Prof. LANDO introducía esta crítica como argumento a mayores de su propuesta, que pasaba por hacer de los UPICC norma material del contrato, con la evidente ventaja de que en tales casos “those involved in international proceedings-be it parties, counsel or arbitrators-plead and argue on an equal footing; none has the advantage of having the case pleaded or decided by his own law and nobody has the handicap of seeing it governed by a foreign law” (p. 140).

con la ley aplicable a la disputa<sup>18</sup>, donde en su opinión la nacionalidad juega un papel relevante<sup>19</sup>.

La distancia entre el derecho aplicable a la disputa y su conocimiento por parte de los árbitros puede responder, en parte, a la regulación de la mayoría de las cortes sobre la nacionalidad de los árbitros<sup>20</sup>. En concreto, al respecto de cómo y en qué medida la nacionalidad de las partes debe condicionar el nombramiento por aquellas de árbitros únicos y presidentes de tribunal<sup>21</sup>, donde encontramos distintas aproximaciones<sup>22</sup>.

Puede resultar cuestionable que la nacionalidad de los árbitros, en sí misma considerada, deba servir de *tertium comparationis* en la búsqueda de un mayor equilibrio entre la cultura legal de la disputa y la mejor adecuación del perfil de los árbitros. Existen, no obstante lo anterior, herramientas útiles de las que el arbitraje internacional puede servirse para disminuir la distancia entre el derecho

- 
- 18 RESPONDEK, A: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", cit., p. 512: "[s]uch mishaps can easily be prevented if the arbitral institution pays proper attention to the legal background of the arbitrator and tries to make sure that the legal background of the arbitrator (common or civil law) matches the character of the substantive law governing the dispute. / In the examples above, the parties were domiciled in a civil law jurisdiction and the law of a civil law country applied to the underlying contracts. Nevertheless, sole arbitrators with a common law background were appointed in all cases. Arbitrators with a common law background are frequently appointed in arbitration disputes that are entirely based in civil law systems. While this may be considered 'enriching' in some cases, there is a risk that such appointment will lead to wrong decisions, as in the 'consideration' case referred to above [...]. An argument may also be made that arbitration has become less accommodating to the different legal cultures it was intended to serve. There is certainly no shortage of very well qualified arbitrators with a civil law background, and it would seem more appropriate to have an arbitrator with a civil law background in a purely civil law matter and to have arbitrators with a common law background decide matters that are rooted in a common law system".
- 19 RESPONDEK, A: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", cit., p. 512: "[t]he relevance of this proposal is underscored by statistics of the nationalities of the arbitrators appointed in international arbitrations: certain nationalities seem to have a quasi-monopoly on arbitrator appointments. There does not seem to be a rationale for such nationality bias. Such disproportionate appointment of certain nationalities should be eliminated to avoid the impression of a nationality bias from the outset. It is hoped that arbitral institutions could find a more balanced approach between the legal background of arbitrators and the nationalities of the arbitrators they appoint in relation to the cases to be decided".
- 20 Cuya teleología, como señala el Prof. BORN, es la de reforzar la neutralidad internacional entre partes de diferentes nacionalidades. Con sus palabras, "[t]hese limitations are designed to implement one of the basic objectives of international arbitration, being to provide an internationally-neutral means of resolving disputes between parties from different countries. (638) In the words of one commentator, «as a symbol of impartiality, the national neutrality of an arbitrator is a vital factor for the proper functioning of a good arbitral tribunal». Consultado electrónicamente en *Chapter 12: Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration (Updated September 2022)*, en GARY B. BORN, *International Arbitration (Third Edition)*, Kluwer Law International.
- 21 Como constatan BASSIRI, N. y VIJRA, T., en *The (ir)relevance of an arbitrator's nationality*, en DE MEULEMEESTER, D., BERLINGIN, M., et al. (eds): *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, Wolters Kluwer, 2019, p. 39, "[m]any arbitration rules prescribe that, in cases of appointment by the institution, the presiding and sole arbitrator must belong to a different nationality than that of the parties to the dispute, unless agreed otherwise by the parties. Having a chair of a different nationality from the disputing parties is regarded as a step towards constituting a neutral tribunal, or at the very least, towards creating the perception of a neutral tribunal".
- 22 Sin pretender agotar el tema, encontramos ejemplos dispares de lo anterior en el art. 13 de las ICC Rules of Arbitration de 2021, el art. 6 de las LCIA Arbitration Rules de 2020, el art. 11 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de comercio de Lima de 2017, o el art. 12 del Reglamento de la Centro Internacional de Arbitraje de Madrid de 2020.

aplicable a la disputa y el bagaje de los árbitros, cuando dicha distancia exista. Me refiero, en este caso, a los cuerpos de *soft law* material.

### III. EL *SOFT LAW* MATERIAL COMO PUNTO DE ENCUENTRO EN EL BABEL JURÍDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.

Comencemos por definir las categorías que van a ser utilizadas para sostener la tesis que se acaba de anunciar. A los efectos del presente artículo utilizamos el término *soft law* siguiendo la definición de KAUFMANN-KOHLER, según la cual, “[e]n general, se entiende por normas de *soft law* aquellas que no pueden aplicarse mediante la fuerza pública. Estas normas pueden emanar de agentes estatales, ya sean legisladores, gobiernos u organizaciones internacionales. También pueden emanar de agentes no estatales, como instituciones privadas y asociaciones profesionales o comerciales<sup>23</sup>”, cuya finalidad es la de informar o servir de herramienta hermenéutica del derecho<sup>24</sup>.

Precisamente, esta función informadora o de apoyo hermenéutico es la que considero interesante para delinear la utilidad de estas normas de derecho blando en el campo del arbitraje.

Tradicionalmente, además, estos corpus se han elaborado en clave de armonización de los distintos sistemas jurídicos que involucran, en un camino paralelo, aunque muy cercano al del derecho uniforme. Quizá el ejemplo clásico de los primeros lo encontramos en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC<sup>25</sup>) que, más allá de su posible aplicación sustantiva, “establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales [...], pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme [o] para interpretar o complementar el derecho nacional”<sup>26</sup>.

23 KAUFMANN-KOHLER, G.: *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press, vol. 1, Fasc. 2, 2010, p. 284. Traducción privada. En su inglés original: “soft law” norms are generally understood to be those that cannot be enforced through public force. These norms can emanate from state actors, be they legislators, governments or international organizations. They can also emanate from non-state actors, such as private institutions and professional or trade associations”.

24 GREINER, D., MEDVEDSKAYA, A.: *Beyond High Hopes and Dark Fears: towards a Deflationary View of Soft Law in International Arbitration*, ASA Bulletin, vol. 38, Fasc. 2, 2020, p. 415: “[t]he term “soft law” is usually attributed to the eminent public international lawyer Lord McNair. Scholars disagree as to whether he used it broadly to mean «instruments with extra-legal binding effects» or just to distinguish *lex ferenda* from *lex lata*. The term later took on a wide meaning. Andrew Guzman and Timothy Meyer define soft law as «[n]onbinding rules or instruments that interpret or inform our understanding of binding legal rules or represent promises that in turn create expectations about future conduct”.

25 Por sus siglas en inglés, *Principles of International Commercial Contracts*. Para una exposición detallada sobre el origen, antecedentes, metodología y uso de los UPICC, Vid. VOGENAUER, S.: *Introduction*, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, pp. 1-44.

26 Preámbulo de los PICC. Vid. a este respecto GARRO, A., MORENO RODRIGUEZ, J. A.: *The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform interpretation of National Laws*, en GARRO, A., MORENO

Esta tarea armonizadora también la encontramos en Europa, a través de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL<sup>27</sup>), entre cuyos objetivos fundamentales se encuentra el de construir “un puente entre los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*”<sup>28</sup>, con la vocación de servir de “punto de referencia común para contrastar criterios y soluciones, en un doble sentido: inspiración para el legislador, de un lado, y elemento de interpretación e integración para la jurisprudencia, de otro”<sup>29</sup>.

La tendencia armonizadora en clave de *soft law* refleja también de manera más reciente, en la labor de un grupo de académicos de países del este asiático, que han constituido un grupo de investigación para la refacción de los *Principles of Asian Contract Law*<sup>30</sup>.

Latinoamérica, hasta no hace mucho, había permanecido fuera de esta corriente. Lo que resulta llamativo si uno compara la cercanía en principios de sus distintos sistemas legales, anclados en herencias jurídicas comunes, con el nivel notablemente bajo de unificación normativa stricto sensu, particularmente en derecho privado<sup>31</sup>.

Esta barrera quedó superada con la elaboración y desarrollo de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), que han evolucionado paulatinamente en la última década. Los PLDC ofrecen una visión armonizada -con vocación de *restatement*- del Derecho contractual latinoamericano. El proyecto tiene como propósito “plasmear un esfuerzo emprendido por un sector de la doctrina civil latinoamericana de repensar el derecho de contratos en la región, aproximándolo a ciertos desarrollos originados a partir de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980”<sup>32</sup>.

---

RODRÍGUEZ, J. A.: Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Laws, Springer, 2021, pp. 1-38.

27 Por sus siglas en inglés, *Principles of European Contract Law*.

28 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en lo Principios de Derecho Contractual Europeo*, tesis doctoral de la Universidad Pablo Olavide, 2013, p. 90, citando a LANDO, BEALE y GONZÁLEZ PACANOWSKA.

29 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Los principios Lando*, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.): *Derecho Contractual Europeo*, 2009, pp. 165-166.

30 Cfr. MOMBERG, R., VOGENAUER, S.: *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, vol. 24, 2017, p. 3.

31 Cfr. MOMBERG, R., VOGENAUER, S.: *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, vol. 24, 2017, p. 4. Para un Desarrollo en profundidad de esta premisa, vid. las pp. 5-14 de la obra citada de MOMBERG y VOGENAUER.

32 DE LA MAZA, I., VIDAL, A.: “El contenido: una primera aproximación”, en DE LA MAZA, I., PIZARRO, C., VIDAL, A.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 27. Hay autores, no obstante, que han cuestionado el planteamiento y metodología de los PLDC. Entre ellos, ITHURRIA ha señalado no “parece adecuado hablar de principios latinoamericanos de derecho de contratos si en su elaboración no se tuvo en consideración el derecho de todos los países latinoamericanos o, alternativamente, no se argumentó porqué el derecho de los países observados sería representativo de la identidad jurídica latinoamericana”, denunciando la ausencia de México de entre los ordenamientos considerados, que resulta llamativa por su estrecha relación comercial con Estados Unidos. Autora que

En un sentido similar a sus predecesores occidentales, los PLDC explicitan en su art. 2 que “se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato» y “sirven como modelo para los legisladores estatales o internacionales”<sup>33</sup>.

Pues bien, ¿en qué medida pueden estas herramientas de *soft law* ser útiles en el campo del arbitraje internacional? Bajo mi punto de vista su utilidad radica en su naturaleza armonizadora y su vocación hermenéutica de los distintos sistemas que involucran. Es decir, en su labor de puente entre los distintos ordenamientos sobre los que estos instrumentos parten. Ello sin perjuicio de que la utilidad de estas herramientas en el arbitraje comercial haya sido evocada de otras formas. Por ejemplo, utilizando instrumentos los PICC como *lex contractus*, de manera que la ley sustantiva que ha de usarse para resolver la disputa se abstraiga por completo de las partes y los árbitros, dibujando las normas de *soft law* un campo normativo neutral a todos los intervinientes<sup>34</sup>.

Alexis MOURRE señalaba que las normas de *soft law* en su vertiente formal tienen la ventaja de *establishing a common playing field*<sup>35</sup>, y contribuir al apaciguamiento y simplificación de los problemas que surgen de la ausencia de una norma uniforme. En este mismo sentido creo que pueden ser útiles las normas *soft law* material: establecen un marco común de entendimiento de las categorías jurídicas en juego y que deben aplicarse en la resolución de una determinada controversia.

Esta forma de contemplar las herramientas de *soft law* es del todo coherente con las finalidades que les son propias. Se dan escenarios en que los ordenamientos domésticos suscitan alternativas de aplicabilidad diferente, o dibujan lagunas en las que no es posible encontrar alternativa alguna<sup>36</sup>. En esos casos, la propuesta de UNIDROIT es que resulta “aconsejable recurrir a los Principios como fuente de

---

también sugiere que “todavía no es claro qué es lo latinoamericano de los PLDC”, en el sentido de que los PLDC no terminan de especificar cuál es el ethos jurídico común a los distintos derechos que construyen tales principios. Vid., ITHURRIA, M.: *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: ¿Dónde está lo latinoamericano?*, Latin American Legal Studies, Vol. 9, 2021, pp. 295-299.

33 Vid. a este respecto GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo*, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), ADC, 2017, fasc. IV, pp. 1575-1611.

34 Por todos, Cfr. SCHERER, M.: *The Use of the PICC in Arbitration*, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, pp. 81-110.

35 MOURRE, A.: “Soft law as a condition for the development of trust in international arbitration”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XIII, Fasc. 51, 2016, p. 93. La cita completa reza así: “[...] establishing a common playing field. And, by so doing, it is an element of appeasement and simplification, for in absence of uniform rules, any procedural disagreement will inevitably be resolved by resorting to a rule that is closer to one party, to the dissatisfaction of the other. In absence of a transnational soft law rule, parties will spend a huge amount of time arguing, at times in an unnecessary bitter way, about procedural issues that may not even arise if the tribunal is able to place both parties on the same ground at the outset by referring to an accepted common set of rules”.

36 Por ejemplo, podemos encontrar un importante elenco de artículos que el Prof. BONELL considera “particularly useful in interpreting and supplementing domestic laws” en BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005, pp. 239-243.

inspiración especialmente en aquellos casos en que la controversia se relaciona con un contrato comercial internacional<sup>37</sup>. No encuentro razones para no predicar tal conclusión de las demás herramientas de *soft law* material, siempre y cuando guarden relación con la ley que ha de ser aplicada.

Este planteamiento guarda una cierta similitud con el fenómeno, cada vez más habitual en nuestra jurisprudencia, de interpretar las normas domésticas a la luz de la realidad social de nuestro tiempo utilizando como marco de referencia a tal efecto instrumentos de *soft law*. Puede verse un ejemplo de lo anterior en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2019<sup>38</sup>. En ella nuestro Alto Tribunal se plantó el encaje que entonces podía tener la regla *rebus sic stantibus* en el marco de un contrato aleatorio. Para razonar sobre esta figura, en ausencia de una previsión interna que le diera carta de naturaleza generalizada, el Supremo busca ordenamientos vecinos para constatar que en sistemas similares al nuestro existen figuras similares expresamente positivizadas, en contraposición al nuestro:

“A diferencia de otros ordenamientos jurídicos que han regulado los efectos de la alteración de la base del negocio -“*geshfätsgrundlage*”, en el derecho alemán (§ 313 BGB); “*eccesiva onerosità sopravvenuta*”, en el Código civil italiano; o *frustration* o *hardship* del derecho anglosajón-, nuestro Código Civil no regula un mecanismo semejante que expresamente permita modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles para el cumplimiento del contrato” (F 2º).

Sin solución de continuidad, el Supremo contraponen la falta de una tipificación con la tendencia a recoger expresamente la figura en herramientas internacionales de *soft law* y otras de *lege ferenda*:

“No obstante, en la actualidad existe una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación)” (F 2º).

Finalmente, se acoge a los PECL -y su regulación del “Cambio de Circunstancias”- para interpretar el ordenamiento interno en materia contractual, sobre la base del “origen común de las reglas contenidas» en dicha herramienta, lo que “permite

37 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, Principios UNIDROIT (2016), Comentario al preámbulo, p. 6. Vid. también BRÖDERMANN, E. J.: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Articles-by-Article Commentary, Kluwer Law International, 2018, pp. 16-17.

38 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Secc. 1ª) núm. 5/2019, de 9 de enero (RJ 2019\5).

utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil" (FJ 2º)<sup>39</sup>.

Otro ejemplo de esta técnica podemos verlo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015<sup>40</sup> y 26 de febrero de 2013<sup>41</sup> al respecto del deber de mitigar el daño, que en el ordenamiento español no encuentra una regulación general expresa que, no obstante, ha sido suplida por una suerte de tipificación jurisprudencial. En la última de estas sentencias podemos leer cómo el Tribunal Supremo español se apoya en los PECL para delinear la figura de la carga mitigadora:

"Más aún, la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento -en el caso de la promotora podía buscar otro comprador y la compradora recuperar lo pagado a cuenta y adquirir otras viviendas-, y de hecho [...] el artículo 9:505(1) PDE que «[l]a parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables»" (26.).

Las sentencias anteriores no reflejan un uso ocasional del *soft law* como herramienta hermenéutica del ordenamiento interno<sup>42</sup>. Por el contrario, como constata la doctrina, este recurso es cada vez más notable y permite "observar la influencia indirecta del derecho europeo en nuestra jurisprudencia, en la medida en que ésta no es forzada, sino fruto de la persuasión y del convencimiento de la calidad del derecho que ejerce su influjo. El *Soft Law* europeo, en particular, ha proporcionado pautas valiosas a la jurisprudencia española en la modernización de aspectos del derecho de obligaciones y del derecho de daños, y otras corrientes internacionales han impregnado, por ejemplo, determinados aspectos del derecho de familia"<sup>43</sup>.

39 La cita completa, que apela a sentencias anteriores que avalan recurrir a los PECL como herramienta hermenéutica, dice así: "[a]unque los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no tienen carácter vinculante, la jurisprudencia de esta sala los ha utilizado reiteradamente como criterios interpretativos de las normas de derecho interno. Verbigracia, la sentencia 1180/2008, de 17 de diciembre, señala que «el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil»".

40 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Secc. 1ª) núm. 123/2015, de 4 de marzo (2015\1095).

41 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Secc. 1ª) núm. 69/2013, de 26 de febrero (RJ 2013\4935).

42 Podemos encontrar referencias a jurisprudencia extranjera en la misma línea, en relación con los UPICC, en OSER, D.: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Governing Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 132.

43 VAQUER ALOY, A.: *El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos*, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, 2013, p. 94. Este trabajo recoge un interesante análisis de aquellos supuestos y casos donde, con mayor frecuencia, nuestra jurisprudencia se ha amparado en herramientas de *soft law* para interpretar el ordenamiento interno.

En un sentido similar, la doctrina se ha hecho eco del cada vez mayor uso que se hace de estas herramientas -en particular de los UPICC- para interpretar y complementar el derecho aplicable en disputas internacionales. Es más, esta tendencia se ha constatado incluso cuando el ordenamiento aplicable era sofisticado, lejos de sistemas propios de países en desarrollo o en proceso de transición a economías de mercado<sup>44</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA.

Las conclusiones en este breve trabajo tal vez sean redundantes, pues han sido adelantadas desde el inicio y a lo largo de su desarrollo. En todo caso, a continuación sintetizo lo esencial de aquellas para acompañarlas de una propuesta práctica con el fin de aterrizar, en la dinámica arbitral, el recurso a cuerpos de *soft law* en su como de herramienta interpretativa en contextos de pluralismo jurídico.

Recordemos la premisa de partida: el pluralismo jurídico, como ha sido definido, puede ser causa de ineficiencias y otros posibles problemas en la práctica. Se ha expuesto también el remedio que parte de la doctrina internacional plantea: reducir cuanto sea posible la distancia entre el derecho aplicable y el bagaje de quien debe aplicarlo.

Junto al planteamiento anterior, creo que las herramientas de *soft law* pueden servir de instrumentos hermenéuticos, particularmente útiles en contextos internacionales. Más allá de la función modernizadora -a la que apelaba nuestra jurisprudencia- estos cuerpos de derecho blando permiten en gran medida hacer abstracción de las categorías jurídicas que son comunes en los ordenamientos que armonizan, salvando las diferencias que entre ellos puedan darse. Así, ofrecen un marco compartido desde el que interpretar el derecho aplicable, un puente entre los distintos sistemas, que facilita el entendimiento y mejor aplicación del ordenamiento relevante por quien debe resolver la disputa.

Las cuestiones que estas conclusiones suscitan pasan por el encaje de estas herramientas en el proceso. ¿Tendría sentido que, cuando existe distancia entre el derecho aplicable y quien ha resolver, se generalice la interpretación de ese ordenamiento a la luz de herramientas de *soft law* comunes al árbitro y las partes? ¿Podría sugerirse que estos instrumentos sirvieran para colmar las lagunas que,

---

44 Es BONELL quien da cuenta de este fenómeno, explicando que “[i]n almost half of the reported decisions -which significantly enough include also court decisions- the UNIDROIT Principles were used as a means of interpreting and supplementing the otherwise applicable law [...]. More important, the domestic laws governing the individual contracts in the cases in question were far from being only those of less developed countries or countries in transition to a market economy. Indeed, they include inter alia the laws of Australia, England, Finland, France, Greece, Italy, the Netherlands, New Zealand, Switzerland and the State of New York, thus confirming that even highly sophisticated legal systems do not always provide clear and/or satisfactory solutions to the special needs of current international commercial transactions [...]”. Vid. BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005, p. 295.

hipotéticamente, los árbitros se encontrarán en la aplicación de la norma local, como sucede con determinados cuerpos de derecho uniforme?

Una posible forma de articular esta función podría pasar por reflejar el acuerdo de las partes donde resulte más conveniente. No parece razonable que este lugar sea el convenio arbitral, pues el pluralismo jurídico en su vertiente subjetiva -la que resulta relevante a estos efectos- es probable que no se revele hasta una vez constituido el tribunal arbitral. Por el contrario, un acuerdo de tales características podría tener un encaje prudente en los vehículos procesales que sirven para ordenar el proceso, una los árbitros han sido designados (e.g., actas de misión, *terms of reference* u órdenes procesales).

A continuación, dejamos señalados un conjunto de ejemplos en la línea sugerida, a simple modo de propuesta:

Ejemplo 1. El proceso es administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) con sede Madrid, conducido en inglés. El demandante es de nacionalidad portuguesa y el demandado de nacionalidad española, habiéndose puesto de acuerdo para designar a un árbitro único de nacionalidad inglesa. El derecho aplicable al fondo es el francés. En el acta preliminar o *terms of reference*, podría reflejarse una propuesta con la siguiente redacción:

“[...] Section VII. Applicable law.

According to Clause 23(1)(b) of the Contract, the dispute is governed by the Law of the French Republic. By agreement of the Parties, the Principles of European Contract Law, as revised in 2002, may guide the Sole Arbitrator to address the interpretation of the substantive law, as well as any legal gap the Sole Arbitrator may find in the application of such a law”.

Ejemplo 2. El arbitraje es administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), con sede en Lima y conducido en español. La nacionalidad del demandante es peruana, mientras que la del demandado es brasileña. El colegio arbitral cuenta con un árbitro italiano y otro argentino, cada uno de ellos designado por una parte, y presidido por un árbitro colombiano designado por la CCL. El derecho aplicable, de acuerdo con el contrato, es el argentino. En el acta de misión u orden procesal núm. 1, recogiendo las normas de organización del proceso que emita el tribunal arbitral, podría recogerse lo siguiente:

“[...] Apartado IX. Normas aplicables al fondo.

De acuerdo con lo previsto en la Estipulación 19ª del Contrato, deberán aplicarse al fondo de la controversia las normas de la República Argentina. Por acuerdo de las Partes, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), en su versión revisada de 2017, podrán servir de guía al Tribunal Arbitral en la interpretación del derecho aplicable al fondo, así como para colmar las lagunas legales que pueda encontrarse en su aplicación”.

Ejemplo 3. El proceso arbitral es administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en Lisboa y administrado en inglés. El demandante es un nacional austriaco, siendo la demandada una sociedad de nacionalidad argelina cuya matriz es suiza. La CCI nombra a un árbitro único de nacionalidad surcoreana, a falta de acuerdo entre las partes. El derecho aplicable al fondo, de acuerdo con el contrato, es el alemán. En la orden procesal núm. 1 podría reflejarse lo siguiente:

“[...] XI. Law applicable to the merits.

According to Section 19(a) of the Agreement, the dispute is governed by the Law of the Federal Republic of Germany. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, as revised in 2016, may guide the Sole Arbitrator to address the interpretation of the substantive law, as well as any legal gap the Sole Arbitrator may find in the application of such a law”.

El común denominador en los ejemplos anteriores es la diferencia que existe entre el derecho aplicable al fondo y el bagaje del árbitro o tribunal (total o parcial), y la voluntad de las partes de salvar tal diferencia proponiendo que la aplicación del derecho se haga de manera informada por un instrumento de *soft law* que sirva de puente entre todos ellos.

No persigo ni agotar el tema ni ofrecer conclusiones categóricas. Mi único propósito es elevar la cuestión de si los instrumentos de *soft law* sustantivo pueden ser útiles en disputas internacionales como las descritas, con una finalidad meramente hermenéutica de los ordenamientos domésticos que deban aplicarse; y si resulta razonable plasmar tal finalidad en órdenes procesales, actas de misión o sus análogos. Por las razones expuestas, mi inclinación tiende a una respuesta positiva, en el entendimiento de que estas herramientas, usadas de la forma propuesta, pueden mitigar parte de la problemática derivada del pluralismo jurídico (subjetivo) propio de estas disputas.

## BIBLIOGRAFÍA

BASSIRI, N. y VIJRA, T.: "The (ir)relevance of an arbitrator's nationality", DE MEULEMEESTER, D., BERLINGIN, M., et al. (eds.): *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, Wolters Kluwer, 2019.

BINDER, P.: *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer Law International, 2019.

BRÖDERMANN, E. J.: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Articles-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2018.

BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005.

BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021.

BOURDIEU, P.: "Elementos para una sociología del campo jurídico", en BORDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, 2000.

CORDERO-MOSS, G.: "Chapter 6: Iura Novit Curia", FERRARI, F., ROSENFELD, F. J. (eds.): *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022.

DE GERMINY, L.: "Practical Insights on Multilingual Proceedings", en KARTON, J., GREENBERG, S., YANG, F., NASIR GORE, K.: *Practical Insights by topic*, Kluwer Arbitration, 2021.

DE LA MAZA, I., VIDAL, A.: "El contenido: una primera aproximación", en DE LA MAZA, I., PIZARRO, C., VIDAL, A.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.

FLECHTNER, H. M.: *The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 Journal of Law and Commerce, 1998.

GARRO, A., MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: "The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform interpretation of National Laws", en GARRO, A., MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Laws*, Springer, 2021.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), ADC, 2017, fasc. IV.

GREINER, D., MEDVEDSKAYA, A.: *Beyond High Hopes and Dark Fears: towards a Deflationary View of Soft Law in International Arbitration*, ASA Bulletin, 2020, Vol. 38, Fasc. 2.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Los principios Lando*, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.): *Derecho Contractual Europeo*, 2009.

HEIDEGGER, M.: *Identidad y diferencia*, ARCIS, 1957.

ITHURRIA, M.: *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: ¿Dónde está lo latinoamericano?*, Latin American Legal Studies, Vol. 9, 2021.

KAPLAN, N.: "Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 14: Problems at Both Ends", KRÖLL, S, MISTELIS, L., et al. (eds.): *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011.

KAUFMANN-KOHLER, G.: *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press, 2010, Vol. 1, Fasc. 2.

LANDO, O.: *Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, 1994.

LAZOPOULOS, M.: "Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 17 [Language]", ARROYO, M. (Ed.): *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2018.

LENTZ DE MOURA VICENTE, D. M.: *La aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje internacional*, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, IproLex, 2017, Vol. 10, Fasc. 1.

MALCOLM, E.: "Authentic Text and Witness Clause", en BIANCA-BONELL (dirs.): *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987.

MARMOR, A.: *The Language of Law*, Oxford University Press, 2014.

MÜNZEL, F.: *Lexicographical Musings - The Variegated Language of Sales Law: a Modern Tower of Babel*, Uniform Law Review, 2003, Vol. 8, Fasc. 3.

MOMBERG, R., VOGENAUER, S.: *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, 2017.

MOURRE, A.: "Soft law as a condition for the development of trust in international arbitration", *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016, Vol. XIII, Fasc. 51.

OETIKER, C.: "Witnesses before the International Arbitral Tribunal", *ASA Bulletin*, 2007, Vol. 25, Fasc. 2.

OSER, D.: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Governing Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

OSMANI-SADRIU, V.: "Domestication of the CISG: examples from a few jurisdictions", *Journal of Law & Commerce*, 2020, Vol. 38.

PAPAUX, A.: "Article 33-Interprétation de Traités Authentifiés en Deux ou Plusieurs Langues" en CORTEN, O., KLEIN, P. (dirs.): *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités*, Vol. II, Bruylant, Bruselas, 2006.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en lo Principios de Derecho Contractual Europeo*, tesis doctoral de la Universidad Pablo Olavide, 2013.

RESPONDEK, A.: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, 2014, Vol. 31, Fasc. 4.

ROBLES MORCHÓN, G.: *Comunicación, Lenguaje y Derecho (algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009.

SATORRE GRAU, F. J.: "El hombre ante el don de la lengua", *SCIO*, vol. I, 2007.

SCHERER, M.: "The Use of the PICC in Arbitration", en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

SHELTON, D.: "Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties", *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 20, 1997.

TERCIER, P., PATOCCHI, P. M., et al.: "L'usage des langues dans arbitrage", *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage*, vol. 2016, Fasc. 3, 2016.

TUNG, S.: "Chapter 34: The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights", SHAUGHNESSY, P. L., TUNG, S. (eds.): *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017.

ULMER, N.: "Language, Truth, and Arbitral Accuracy", *Journal of International Arbitration*, vol. 28, Fasc. 4, 2011.

VAQUER ALOY, A.: "El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013.

VOGENAUER, S.: "Introduction", en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

WAINCYMER, J. M.: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.