

¿Cabe la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial?

Rodrigo Jijón
Daniela Paez

Sumario

1. Introducción. 2. Excepciones. 3. Aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje internacional. 3.1 Primera aproximación al *iura novit curia*: ¿El árbitro conoce el Derecho? 3.2 ¿Es aplicable el *iura novit curia* en su segunda aproximación? 4. Limitaciones al principio. 4.1 El derecho a la defensa y la garantía del debido proceso. 4.2 La imparcialidad de los árbitros. 4.3 El vicio de incongruencia en los laudos. 5. Dificultades y confusiones en la aplicación del *iura novit curia*. 5.1 Primer caso 5.2. Segundo caso 5.3 Tercer caso 6. Conclusión.

*“Venite ad factum. Curia iura novit,
da mihi factum et dabo tibi ius”*

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar la conveniencia y posiblemente, la necesidad de que los árbitros, en asuntos de naturaleza comercial, apliquen el aforismo conocido como *iura novit curia* para sustanciar o resolver un litigio.

Sobre el origen histórico del aforismo *iura novit curia* se conoce que era invocado como traducción latina de una expresión empleada por los jueces en el siglo XIII quienes, frente a las interminables discusiones mantenidas por los abogados sobre las

cuestiones de derecho con descuido de los hechos, los interrumpían a los letrados diciendo: "aténgase el letrado a los hechos, que el juez conoce el derecho"¹.

En realidad, el principio no es romano sino medieval, pero tiene su fundamento en Roma. Cuando el juez desconocía el derecho, lo cual era frecuente porque era un particular, acudía a los jurisprudentes o al propio emperador a consultar.²

En la actualidad, podemos diferenciar dos aproximaciones de este principio en el derecho procesal. La primera sostiene que el aforismo hace alusión tanto a la función del juez como a su profesionalismo, es decir, a la presunción de que es él quien conoce el derecho aplicable a la situación que debe juzgar sin importar que haya sido alegado por las partes.

El juez está obligado a resolver el caso sin que pueda alegar oscuridad o falta de norma para resolver. Menos aún podría el juez dejar de emitir sentencia con el argumento de que el derecho aplicable no fue invocado por las partes o sus abogados. Este principio es consecuente con el de la tutela judicial efectiva y la obligatoriedad de administrar justicia por parte de los jueces.

Por razones históricas, se incluyeron en el Código Civil algunas de las reglas que deben seguir los jueces al conocer y resolver disputas. Entre esas reglas, destacamos la siguiente:

Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

El mismo principio lo recoge, mucho más tarde, el Código Orgánico de la Función Judicial:

1. ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. 2da Ed. Buenos Aires; Ediar, 1957, p. 247.
2. ORTEGA, Javier et. al. *Principios de Derecho Global: 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*. Navarra: Editorial Arazandi, 2006, p. 244.

*Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.
No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.*

Por otro lado, la segunda aproximación al *iura novit curia* se refiere a la aplicación del principio por el cual las partes proponen los hechos y el juez aplica el derecho.

La anterior es una presunción que se operativiza en el ámbito del proceso y que sustenta la distribución de cargas entre las partes y el órgano jurisdiccional. Dado que el órgano jurisdiccional conoce el derecho aplicable al litigio, las partes están exentas de la necesidad de probar los materiales jurídicos.

De esta aproximación surge una derivación secundaria, según la cual, el juez conoce el derecho y debe resolver un caso y aplicarlo independiente a las alegaciones de las partes. Y de ella, nace el principio según el cual el órgano técnico encargado de aplicar el derecho, tiene el deber de suplir la ignorancia o de subsanar el yerro de las partes al fundar normativamente sus pretensiones, poniendo todos los medios de investigación necesarios para procurarse el conocimiento del derecho vigente, incluso fuera del proceso.³

Justamente, este principio ha sido recogido en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano que permite a los jueces suplir los errores de derecho de las partes:

Art. 280.- Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.

3. PEYRANO, Jorge. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978, p. 96.

Finalmente, quisiéramos referirnos a una última aplicación del *iura novit curia*, conocida como la aportación de oficio del derecho aplicable por parte del juzgador. Notamos que esta aplicación provoca conflictos con el principio dispositivo impuesto por la Constitución de la República⁴ en el proceso civil así como con los principios de imparcialidad del juez y congruencia de las sentencias.

De acuerdo a esta aplicación, el juzgador conoce el derecho y no se encuentra subordinado a las alegaciones jurídicas que hagan las partes, pudiendo estimar que ninguna de ellas es aplicable al caso. Ante esta situación, el juez podría formular su propia calificación jurídica, esto es, una "tercera opinión" con la que resuelve la disputa.

El Código Orgánico de la Función Judicial también se adhiere a este principio al apuntar:

Art. 129.- FACULTADES Y DEBERES GENERICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:

- 1. Aplicar la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella;*
- 2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente;*

2. EXCEPCIONES

A pesar de que podría creerse que el principio en estudio es de aplicación universal, tal generalización sería absolutamente incorrecta. En primer lugar, debemos recordar que este principio ni siquiera es conocido en las jurisdicciones del *Common Law* en

4. El Artículo 168 de la Constitución establece que: La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

donde prevalece el sistema adversarial, en el que son las partes las que aportan la integralidad del debate.⁵

La segunda excepción a la presunción de conocimiento judicial del derecho la encontramos cuando el juez resuelve un caso aplicando criterios impuestos por la costumbre, especialmente en el ámbito mercantil, donde la costumbre es fuente de derecho⁶. En este caso, el principio analizado no puede aplicarse pues quien pretenda que se le aplique una costumbre en un juicio, tiene que alegar y probar la existencia y vigencia de la misma.

Asimismo, es bien conocido en el derecho internacional privado, que cuando los jueces locales deben aplicar derecho extranjero, las partes están obligadas a probarlo, tal como si fuera un hecho.⁷ Es decir que, como el juez nacional no conoce el derecho extranjero o al menos no está obligado a conocerlo, la parte que lo alega está obligada a probarlo si quiere beneficiarse de sus estipulaciones.

No obstante, y con el solo fin de ampliar la visión tradicional según la cual el derecho extranjero se prueba ante el juez nacional, es interesante recoger el contenido del artículo 133 del Código Modelo Procesal para Iberoamérica que no exige prueba del derecho extranjero:

El derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal o las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo.

Se limita también la posibilidad de que el juez aplique derecho no invocado cuando el juez debe conocer un caso en la etapa de impugnación. En Ecuador, por ejemplo, la jurisprudencia enseña que los jueces de casación no tienen facultad para resolver

5. LEW, Julian *et al.* *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya: Kluwer Law International, 2003, pp. 725-726.
6. El Artículo 4 del Código de Comercio establece que: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años."
7. GUZMÁN, Diego. *Tratado de Derecho Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 342.

un recurso en base a normas legales no alegadas por los recurrentes.⁸

Finalmente, de forma anecdótica nos referimos a otras excepciones a la presunción de que el juez siempre conoce el derecho, presunción en la que se fundamenta el *iura novit curia*. Estas han sido recogidas por el tratadista SENTÍS MELENDO y tratan sobre experiencias en los que la ley asume, quizás sabiamente, que los jueces no necesariamente conocen todo el derecho y acude en su ayuda. El autor menciona a los "*diseurs de droit*" alemanes (*Rechtsprecher, Rechtsweiser*) quienes realizaban los proyectos de sentencias para los jueces; los "*rachimbourgs*" franceses que eran investigadores de la ley y preparaban el fallo para los juzgadores; los asesores de los juzgadores italianos de la Edad Media, que absolvían las consultas de éstos; la obligación de los jueces alemanes del siglo pasado de solicitar un dictamen a una Facultad de Derecho; la institución del abogado asesor de los jueces municipales en la legislación española; y la de los jueces asociados y asesores prevista en el procedimiento civil venezolano, que en muchos casos se unían para dictar sentencia.⁹

Dicho sea de paso, en países en los que la formación de los jueces, utilizando una expresión políticamente correcta, está "en desarrollo", algunas de estas alternativas podrían ser consideradas para garantizar el acierto en las decisiones y una adecuada motivación de la sentencia.

Los ejemplos antes referidos simplemente nos muestran que el presupuesto de que los jueces conocen el derecho no es de carácter absoluto.

8. Ver por ejemplo: Corte Nacional de Justicia, Caso Fernando Peña Cuesta y otra c. Iván Neira Moscoso, Sentencia de 23 de marzo de 2004 publicada en Serie 17, Gaceta Judicial 24 de 15 de marzo de 2004, la Sala de lo Civil y Mercantil sostuvo: "No está por demás decir que la correcta formulación del recurso de casación por esta causal y en general, de todas las causales de casación, corresponde al recurrente, ya que siendo el recurso de casación de carácter extraordinario y formalista, a este Tribunal le está prohibido realizar interpretaciones análogas o extensivas, menos aún suplir las omisiones en que ha incurrido el recurrente."

9. SENTÍS MELENDO, Santiago. "*iura novit curia*". *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVI. Buenos Aires: Editorial Driskill, 1978, pp. 937-941.

3. APLICACIÓN DEL *IURA NOVIT CURIA* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Una vez que nos hemos referido de forma general a los fundamentos y excepciones del principio y su aplicación, analizaremos su potencial empleo en el arbitraje.

3.1 Primera aproximación al *iura novit curia*: ¿el árbitro conoce el derecho?

La aplicación del principio *in comento* en el arbitraje internacional trae problemas especiales. El primero es la acumulación de reglas y leyes que normalmente se presenta en el arbitraje internacional. Podría ser que los árbitros deban lidiar con al menos 4 leyes distintas: la ley aplicable al fondo de la controversia, la ley aplicable al convenio arbitral, la *lex arbitri* y el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje.

Ante este complejo escenario, ¿se puede asumir que el árbitro conoce todo el derecho?

De acuerdo con estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– en el año 2009 se aplicó el derecho de 91 países diferentes en 817 casos.¹⁰ Difícil afirmar, menos presumir, que en el arbitraje internacional los árbitros siempre “conocen todo el derecho”; y es justamente por esta realidad, que las partes se sirven de expertos en derecho local para realizar sus aseveraciones jurídicas ante los árbitros.

De hecho, las partes presentan sus argumentaciones sobre las normas que consideran aplicables al caso. Para ello, utilizan doctrina y jurisprudencia local así como informes de expertos en ese derecho. Por estas particularidades, se ha llegado a sostener que

10. ICC Bulletin, Volúmen 21(1) 2010, p. 12; citado en: BLACKABY, NIGEL y CARRINOS, Ricardo. “Consideraciones sobre la aplicación del principio *Iura Novit Curia* en el arbitraje comercial internacional”, *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Vol. 6, 2003, p. 82.

en el arbitraje internacional no existe un foro nacional o ley extranjera. Solo existe la ley aplicable para cada caso en concreto.¹¹

La siguiente pregunta que debemos plantearnos es acerca de la conveniencia de que los árbitros conozcan el derecho aplicable. *Prima facie*, parecería incontrastable su utilidad pero eso no es necesariamente cierto en el arbitraje internacional. En muchos casos, a la hora de seleccionar a los árbitros en litigios internacionales, las partes escogen como árbitros a personas no formadas en el derecho que va a aplicarse al fondo de la controversia por razones de neutralidad. En otros casos, es preferible escoger un árbitro con experiencia sustancial o conocimiento especializado y técnico en cierta área del derecho.

Finalmente, quisiéramos retornar al punto de la costumbre mercantil como una de las excepciones al *iura novit curia*. En la actualidad, muchas de las transacciones comerciales internacionales se realizan en base a la costumbre internacional, a las prácticas de los comerciantes y a los usos mercantiles generalmente aceptados; todos ellos recogidos en la *lex mercatoria*.

Recordemos que la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, contempla los usos mercantiles como una de las fuentes a las que pueden recurrir los árbitros para fallar:

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

En conclusión, en el arbitraje internacional el presupuesto de que los árbitros conocen el derecho es, por decirlo en términos livianos, debatible.

11. LEW, Julian *et al.* Comparative International Commercial... *Op. cit.*, p. 444.

3.2 ¿Es aplicable el *iura novit curia* en su segunda aproximación?

Como se revisó anteriormente, la segunda aproximación al principio se refiere a las facultades que tiene el juzgador para suplir errores de derecho incurridos por las partes o incluso, hacer su propia calificación jurídica de los hechos, diferente a la propuesta por los litigantes.

El tema se ha debatido entre los estudiosos del arbitraje internacional y hay posiciones contradictorias:

a) Posturas que niegan su aplicación:

La posición más cerrada con respecto a este principio es defendida en Francia por el profesor Yves DERAIS quien ha manifestado que “el principio del *iura novit curia* no tiene lugar en el arbitraje”¹². De la misma manera, los profesores FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMANN sostienen que la utilización del principio es inadecuada en el contexto del arbitraje y por lo tanto apoyan que éste no sea aplicable bajo el sistema arbitral francés.¹³

Asimismo, los defensores de esta posición argumentan a su favor el hecho de que la mayoría de reglamentos de centros de arbitraje internacional en el mundo, entre ellos el de la CCI, no recogen el principio.

Bajo esta postura, la aplicación del *iura novit curia* constituye una intromisión inadmisibles de las partes en el debate procesal, atenta contra la imparcialidad de los árbitros, violenta los derechos de contradicción y de defensa y produce sentencias que no guardan congruencia con el proceso arbitral.

b) Posturas que aceptan su aplicación:

12. DERAIS, Yves. “Observations – Cour d’appel de Paris (1er Ch. C) 13 novembre 1997” – *Lemeur v. SARL. Les Cités Invisibles*. *Revue de l’Arbitrage*. No. 8. Kluwer Law International, 1998, p. 711.

13. FOUCHARD, Philippe *et al.* *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 692.

Por otro lado, algunos países de Europa sí han aceptado la aplicación del *iura novit curia* en arbitraje. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Suiza ha mostrado su aceptación en varias sentencias. Usualmente, se considera que el primer precedente se encuentra en la sentencia de 1994 del caso *Westland Helicopters Ltd c. The Arab British Helicopter Company*.

El Tribunal expresó que "siempre que las conclusiones a las que llegue el tribunal arbitral hayan sido motivadas de manera suficiente, los árbitros no están sujetos a los argumentos invocados por las partes en virtud del principio *iura novit curia*."¹⁴ Además, sostuvo que un tribunal arbitral no incurre en incongruencias *ultra o extra petita* si considera para resolver medios de derecho que no han sido invocados por las partes, ya que esto simplemente sería una recalificación de los hechos del caso.¹⁵

Posteriormente, en otro caso del año 2003, el Tribunal Federal volvió a considerar que el principio *iura novit curia* sí es aplicable al arbitraje. Por consiguiente, los árbitros no están limitados por los fundamentos de derecho presentados por las partes y podrían aplicar otros principios o disposiciones para resolver la disputa.¹⁶

Asimismo, la Ley de Arbitraje de 1996 inglesa establece en el artículo 46(1)(b) que "el tribunal decidirá la controversia conforme a la ley pactada por las partes u otras consideraciones acordadas por ellas o determinadas por el tribunal"¹⁷. Es decir, parecería que permite al tribunal realizar sus propias consideraciones sobre el caso, independientemente de los argumentos alegados por las partes.

14. Tribunal Federal de Suiza. *Westland Helicopters Ltd. c. The Arab British Helicopter Company (ABH)* y el tribunal arbitral, Caso No. DFT 120 II 172 de 19 abril, 1994.

15. *Ibidem*.

16. Citado en: LOHMANN, Guillermo. "El Aforismo *Iura Novit Curia* Y Su Posible Aplicación En Laudos Arbitrales". *El Arbitraje en el Perú y el mundo*. Perú: Ediciones Magna, 2008, pp. 106-106.

17. El artículo 46 establece que:

"46. Rules applicable to substance of dispute.

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute—

(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or

(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal."

En el mismo sentido, el artículo 22(1)(c) de las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres de 1998 establece lo siguiente:

Salvo que las partes en cualquier momento acuerden algo distinto por escrito, el Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, pero en cualquier caso luego de dar a las partes una oportunidad razonable para expresar su posición: [...]

(c) realizar las indagaciones que a juicio del Tribunal Arbitral sean necesarias u oportunas, incluyendo si, y en qué medida, el Tribunal Arbitral debe por sí mismo tomar la iniciativa de identificar los asuntos y determinar los hechos relevantes y el derecho o las reglas de derecho aplicables al arbitraje, al fondo de la disputa entre las partes o al Acuerdo de Arbitraje.¹⁸

Con estos ejemplos se ha podido ilustrar la aplicación del principio *iura novit curia* en arbitraje comercial: por un lado, las cortes suizas reconocen el poder que tienen los jueces para determinar por sí mismos el derecho aplicable a los casos que resuelven y, por otro, la legislación arbitral inglesa permite a los árbitros determinar por su cuenta las cuestiones aplicables a las disputas que se les presentan.

c) Postura intermedia:

Una tercera postura se inclina por una aplicación limitada del principio *iura novit curia*, siempre que se consideren importantes adaptaciones y restricciones propias del arbitraje internacional.

Es menester que el árbitro cumpla con su obligación de dictar un laudo válido y ejecutable para lo cual debe observar ciertos principios básicos que envuelven el derecho al debido proceso como lo son los principios de contradicción, imparcialidad y derecho a la defensa.

18. Ver BLACKABY, NIGEL y CHIRINOS, Ricardo. "Consideraciones sobre la aplicación... *Op. cit.*, p. 80.

Esta posición ha sido perfectamente resumida por Nigel Blackaby, quien sostiene que:

[...] para que el principio *iura novit curia* pueda ser aplicado en el contexto del arbitraje comercial internacional, dicho principio debe ser abordado desde una postura intermedia y sufrir una importante adaptación de forma que ciertas manifestaciones del mismo puedan ser aceptadas en casos excepcionales como una herramienta para que los árbitros puedan cumplir cabalmente con los deberes inherentes a su función decisoria, incluyendo el deber de no exceder la jurisdicción que les ha sido conferida, de dictar laudos válidos, ejecutables y apegados al derecho aplicable, de actuar en forma imparcial y de garantizar a las partes en todo momento derechos fundamentales derivados del debido proceso, como lo son el derecho a ejercer su defensa en forma adecuada y oportuna, así como el derecho a ser tratadas con igualdad.¹⁹

Para esta corriente la aplicación de este principio es excepcional y, en caso de que el tribunal llegue a la conclusión de que debe resolver en base a una norma no alegada por las partes, debe ponerla en conocimiento de las partes y permitirles alegar sobre esa norma antes de dictar el laudo. De esta forma, el árbitro garantizaría los principios de contradicción y derecho a la defensa sin dejar de cumplir con su deber de dictar un laudo válido y ejecutable.

Por ejemplo, en otro caso resuelto por el Tribunal Federal suizo en el año 2009 se estableció límites claros con respecto al derecho a la defensa cuando los árbitros aplican *iura novit curia* para resolver las controversias.²⁰ Recordemos que Suiza es uno de los primeros países que reconoció la aplicación de este princi-

19. *Ibid.*, p. 78.

20. En el caso 4A_282/2013, el máximo tribunal suizo declaró nulo un laudo resuelto por un tribunal de arbitraje deportivo en el que se aplicaron normas de derecho suizo, no invocadas por las partes, para declarar la nulidad de un contrato de licencia FIFA relacionado con un jugador brasileño. La demanda fue interpuesta ante el Tribunal Arbitral del Deporte por el agente del jugador por habersele negado su comisión en la transferencia del jugador. Cuando el agente apeló la decisión el Tribunal suizo anuló el laudo por violación al derecho a la defensa. El Tribunal llegó al punto de decir que los árbitros no pueden sorprender a las partes. *Vid.* Tribunal Federal de Suiza. Sentencia de 9 de febrero de 2009. Caso No. 4A_400/2008. Disponible en: http://www.swissarbitrationdecisions.com/annulment-of-an-award-by-the-federal-tribunal-because-of-the-use#footnote1_fwxa66t

pio en arbitraje, y aun así, los tribunales ordinarios se han manifestado en contra de su aplicación absoluta.

4. LIMITACIONES AL PRINCIPIO

Ahora, abordaremos de forma más específica cada una de las limitantes del principio *iura novit curia* que deben observar los árbitros en aras de cumplir con su deber de dictar un laudo válido y ejecutable.

4.1 El derecho a la defensa y la garantía del debido proceso

En el año 2007, la Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales anuló un laudo arbitral por la indebida aplicación del principio *iura novit curia* en el caso *OAO Northern Shipping Company vs. Remolcaderos de Marín SL*. En este caso, los abogados de los vendedores habían procedido a formular sus alegatos asumiendo que un aspecto determinado no estaba en disputa y, por tanto, no debía ser desarrollado. El tribunal arbitral, sin embargo, utilizó este aspecto como uno de los pilares para su conclusión sin haber invitado a las partes a pronunciarse al respecto. La Alta Corte de Justicia concluyó que esto configuraba una "seria irregularidad" capaz de provocar una "injusticia sustancial" para los compradores, por lo cual procedió a la anulación del laudo según los términos de la Ley de Arbitraje de 1996.²¹

Como se puede ver, el problema que aparece en este tipo de casos es que no permiten que las partes se pronuncien respecto a los argumentos decisivos utilizados por el tribunal arbitral. De allí nace una clara afectación los derechos de contradicción, de defensa, y por lo tanto, al debido proceso.

Los árbitros deben permitir a las partes pronunciarse sobre la aplicación de cualquier norma jurídica inesperada, con el fin

21. BLACKABY, NIGEL y CHIRINOS, Ricardo. "Consideraciones sobre la aplicación..." *Op. cit.*, p. 85.

de garantizar un debido proceso y deberán otorgarles la oportunidad de presentar su caso a efectos de respetar el principio de contradicción.

Sobre este punto, FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN sugieren una solución práctica: los árbitros deben ofrecer la oportunidad de discutir la norma jurídica que se piensa aplicar. La excepción a esta regla sería si:

[L]a norma invocada por los árbitros es tan general en su naturaleza, que debió haber estado incluida implícitamente en las alegaciones, por lo que los árbitros pueden prescindir de la necesidad de convocar a un debate específico sobre ese punto. Este será el caso, por ejemplo, del principio de buena fe en la ejecución de los contratos [...].²²

Permitir a un tribunal arbitral decidir una controversia con base en argumentos totalmente nuevos que no fueron debatidos por las partes durante el proceso será necesariamente contrario al derecho a la defensa pues se está privando de la oportunidad de expresar su posición y exponer sus alegatos respecto a normas en base a las cuales el tribunal resolverá.

4.2 La imparcialidad de los árbitros

La imparcialidad es uno de los elementos más importantes para la administración de justicia. Es más, la imparcialidad como tal no es insuficiente: se exige, además, la apariencia de imparcialidad.

Cuando el árbitro suple errores de una parte y altera el resultado del juicio la apariencia de imparcialidad se ve seriamente afectada. Recordemos que tradicionalmente los litigantes tienen la carga de probar los hechos y de alegar el derecho mientras que es obligación de los árbitros resolver la disputa de acuerdo a lo alegado y probado dentro del proceso.

22. FOUCHARD, Philippe *et al.* Fouchard, Gaillard, Goldman..., *Op. cit.*, p. 950.

Sería muy peligroso para el sistema arbitral que, con justificación en el *iura novit curia*, el árbitro salga en busca de argumentos legales o pruebas que puedan beneficiar a una de los contendientes.

Precisamente por estas razones, la Asociación de Derecho Internacional (*International Law Association*) ha reconocido que “los árbitros que intenten desarrollar cuestiones de derecho en estricta aplicación del *iura novit curia* corren el riesgo de quitarle el arbitraje a las partes y mostrarse parcializados”.²³

4.3 El vicio de incongruencia en los laudos

El principio de congruencia ordena que el contenido de la resolución de los árbitros guarde relación con las pretensiones de las partes.

Cuando los árbitros resuelven más de lo que se les ha pedido o dejan de resolverlo, han incumplido o se han excedido en su mandato y el laudo puede ser anulado por las cortes de la sede del arbitraje o denegada su ejecución en cualquier otro Estado.

El principio de congruencia impone varias limitaciones a los árbitros. Primero, ellos no pueden basar sus decisiones en argumentos que no hayan sido expuestos por las partes. De ahí la máxima *ultra id, quod in iudicium a partibus deductum, est, postestas iudicis excedere non potest* (la potestad del juez no puede exceder de lo deducido en el juicio por las partes)²⁴. Este principio es reconocido en el derecho procesal y se lo conoce como el principio de verdad procesal. Incluso, ha sido establecido de forma expresa en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial:

Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes.

23. International Law Association, Final Report on Ascertainning the Contents of the Applicable Law en International Commercial Arbitration, 2008, p. 22.

24. Cappelletti, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. La Plata: Librería Editora Platense, 2002, p. 320.

Segundo, los árbitros no pueden conceder a las partes más de lo que éstas buscaban en sus reclamaciones. Justamente, en el caso *Holding Tusculum B.V. c. Louis Dreyfus*, la Corte Superior de Quebec anuló un laudo arbitral que había concedido al demandante algo distinto a lo que había solicitado en su petitorio, basándose en argumentos que no habían sido desarrollados durante el proceso.²⁵

5. DIFICULTADES Y CONFUSIONES EN LA APLICACIÓN DEL *IURA NOVIT CURIA*

Para ilustrar la dificultad en la aplicación del principio en estudio, proponemos tres casos que ilustran los supuestos en los cuales un árbitro debería meditar a fondo si aplicarlo o no en un proceso arbitral:

5.1 Primer Caso

Demanda por incumplimiento contractual:

Vamos a asumir que A demanda a B por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual. A se limita a solicitar el resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante y nada dice de los posibles daños morales o reputacionales. B se defendió alegando que no incumplió el contrato.

En el proceso arbitral, A no logra demostrar el incumplimiento contractual pero se establece, de manera categórica, que B ejecutó actos paralelos al contrato que han afectado el buen nombre y la reputación de A y, que si bien no afectaron la ejecución del contrato entre A y B, han sido la causa para que contratos celebrados por A con terceros, fueran cancelados.

25. Corte Superior de Québec. Caso *Holding Tusculum B. V. c. Louis Dreyfus S.A.S.* Sentencia de 12 de agosto de 2008. Disponible en:
http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=960

La Pregunta es: ¿Puede el tribunal arbitral, en consideración a la prueba actuada, condenar a B al resarcimiento de daños y perjuicios morales?

Comentario:

A nuestro juicio el problema que este caso plantea no es exactamente la aplicación del *iura novit curia*. Además de la dificultad que podría generar el alcance de la cláusula arbitral, lo que estaría en discusión en este ejemplo es si los árbitros podrían conocer una pretensión que no fue planteada en la demanda. Nos parece importante dejar en claro que el *iura novit curia* permite a los jueces aplicar una norma legal que no fue invocada pero en ningún caso modificar las pretensiones de las partes ni los hechos en los que fundan esas pretensiones.

5.2 Segundo Caso

Vamos a asumir que A y B, que son los operadores más importantes en la provisión de cierto tipo de servicios en un país, celebran un acuerdo para la fijación de precios al consumidor. En virtud de este acuerdo establecen que sólo pueden bajar los precios en ciertas circunstancias y siguiendo un procedimiento específico. Conviene, además, que si uno de ellos incumple este acuerdo debe pagar una multa al otro.

Por razones comerciales, B pierde una considerable participación en el mercado y decide bajar los precios sin cumplir el procedimiento acordado. A demanda el incumplimiento del acuerdo y el pago de la multa. B niega haber incumplido el acuerdo.

Los árbitros concluyen que B efectivamente violó el contrato y debería pagar la multa.

Ninguna de las partes alegó que el contrato era nulo por violar las leyes de competencia.

La pregunta es: ¿Puede el tribunal arbitral declarar la nulidad del contrato aunque ninguna de ellas lo haya alegado?

Comentario:

En nuestro criterio, este parecería ser un caso límite en el que la aplicación del *iura novit curia* por parte de los árbitros respondería a un imperativo de orden público y que, su falta de aplicación, pondría en peligro la posible ejecución del laudo y la seriedad del sistema arbitral.

Aunque ninguna de las partes alegue la nulidad del acuerdo de fijación de precios, los árbitros deberían declararlo nulo. Hay pocos argumentos para defender la no aplicación del *iura novit curia* en un caso como este.

5.3 Tercer Caso

El supuesto ahora es el siguiente: en 1990, A y B suscribieron un contrato de franquicia por el que A permitió que B utilice su nombre e imagen para la operación de un hotel en otro país. En el año 1995 A dio por terminado el contrato de franquicia de manera unilateral.

A partir de esa fecha las partes discutieron alternativas para solucionar el conflicto sin llegar a un acuerdo.

En 2011, B demandó por daños y perjuicios derivados de la terminación unilateral. A se defendió con el argumento de que la Cláusula 13 del contrato le facultaba ha terminarlo. En el proceso arbitral, B sostuvo que en el derecho de fondo aplicable al contrato, la cláusula contractual por la que una parte se reserva el derecho a terminar el contrato de manera unilateral, es ilegal.

En su análisis del proceso, los árbitros encuentran que la cláusula 13 es ilegal; sin embargo, piensan que el derecho a reclamar

daños y perjuicios por la terminación ocurrida en 1995 ha prescrito.

La pregunta es: ¿Pueden los árbitros desechar la demanda, aplicando la figura jurídica de prescripción?

Comentario:

Creemos que los árbitros no pueden rechazar la demanda aplicando de oficio las normas sobre la prescripción extintiva. La prescripción es una defensa que opone el demandado por lo que nuevamente creemos que este parecería ser un caso de innovación de pretensiones y no de innovación de derecho.

En el derecho ecuatoriano existe abundante jurisprudencia que exige que la prescripción sea expresamente alegada en la contestación a la demanda.²⁶ Por supuesto, la lógica detrás de esta posición es que se puede renunciar a la prescripción. También podrían haber hechos o circunstancias que interrumpen el transcurso del tiempo para que opere la prescripción. Si en el juicio, no se discutió la prescripción, los jueces no habrían podido conocer la existencia o no de esos hechos o circunstancias por lo que mal podrían declarar, de oficio, extinguida una obligación por prescripción.

6. CONCLUSIÓN

Si bien la tradición jurídica continental acepta de manera bastante generalizada la aplicación del principio *iura novit curia* en las instancias judiciales, su aplicación en foros arbitrales internacionales debe ser excepcional.

Reiteramos, no podemos sostener que un árbitro conoce el derecho a aplicar en los casos que conoce. Resulta aventurado

26. Ver por ejemplo la resolución del recurso de casación presentando en dentro del proceso resuelto por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en el caso Laureano MACAS PUCHAICELA y otra c. Antonia MACAS GUAMÁN, Juicio No. 2012-0647 (sentencia no publicada).

sostener la presunción de que "el juzgador conoce el derecho", aplica de manera extensiva en arbitraje internacional.

Debe, además, señalarse que un árbitro no puede fundar su decisión en hechos no alegados a lo largo del proceso. En efecto, el árbitro no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados. En caso de hacerlo, es muy probable que el laudo sea anulado por violar garantías básicas del debido proceso.

Asimismo, el árbitro no puede modificar las pretensiones de las partes, cuando lo que piden es menos o diferente a lo que el régimen jurídico les ofrece. Un árbitro que beneficia a uno de los contendientes con tal modificación, incumpliría su deber de actuar de forma imparcial e independiente.

Las posiciones más liberales sobre la aplicación del principio, propugnan que eventualmente, el árbitro podría modificar el fundamento legal de demandado o demandante pero siempre manteniendo los hechos alegados y las pretensiones. En estos casos, debe siempre permitirse a las partes pronunciarse sobre las normas jurídicas que éste considera aplicables para permitirles ejercer su derecho a la defensa.

En síntesis, en el arbitraje internacional el principio *iura novit curia* debería aplicarse de manera excepcional en aquellos casos donde su no signifique una afectación de orden público.