

Ley aplicable al convenio arbitral en ausencia de elección expresa de las partes

Choice of law to the arbitration agreement in the absence of express choice of the parties

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado.
Miembro del Institut de Droit International

Recibido: 18.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8936

Resumen: Hay varios factores interrelacionados que pueden afectar tanto a la existencia como a la validez del convenio arbitral y cada uno de ellos puede estar sujeto a diferentes leyes. que puede dar lugar llevar a resultados divergentes y generar confusiones adicionales. Para abordar este problema de manera efectiva, es crucial que los tribunales arbitrales y las partes involucradas en el arbitraje presten una atención cuidadosa a las distinciones entre los elementos esenciales y relacionados con la validez del acuerdo de arbitraje, así como a la aplicación de la ley correspondiente a cada uno de ellos. Esto contribuirá a promover la coherencia y la certeza en el proceso arbitral, facilitando así una resolución justa y eficaz de las controversias. La determinación de si un acuerdo de arbitraje es válido o no, según la ley aplicable, influirá en si la controversia puede someterse a arbitraje, si los procedimientos judiciales pueden ser suspendidos y si el laudo resultante puede ser anulado o denegada su ejecución. No deja de sorprender que un mecanismo como el arbitraje comercial internacional que busca promover la eficiencia y la previsibilidad para sus usuarios carezca de una respuesta uniforme en los sistemas estatales y de un consenso sobre cómo resolver la cuestión, generando una incertidumbre contraria al objetivo del arbitraje de alcanzar una resolución de controversias eficiente y predecible. La reciente práctica contradictoria suministrada por los tribunales ingleses y franceses ha vuelto a poner de relieve las consecuencias adversas para la institución arbitral de esta falta de unanimidad.

Palabras clave: Arbitraje comercial internacional, convenio arbitral, presunción de separabilidad, existencia, validez y eficacia, ley aplicable, ley de la sede del arbitraje, principio de validación

Abstract: There are several interrelated factors that may affect both the existence and the validity of the arbitration agreement and each of them may be subject to different laws, which may lead to divergent results and generate additional confusion. To address this problem effectively, it is crucial that arbitral tribunals and the parties involved in the arbitration pay careful attention to the distinctions between the essential and validity-related elements of the arbitration agreement, as well as to the application of the relevant law to each of them. This will help to promote consistency and certainty in the arbitral process, thereby facilitating the fair and efficient resolution of disputes. The determination of validity or not an arbitration agreement is valid under the applicable law will have a bearing on whether the dispute can be submitted to arbitration, whether court proceedings can be stayed and whether the resulting award can be set aside, or its enforcement refused. It is surprising that a mechanism such as international commercial arbitration that seeks to promote efficiency and predictability for its users lacks a uniform response in state systems and a consensus on how to resolve the issue, creating uncertainty contrary to arbitration's goal of achieving efficient and predictable dispute resolution. The recent contradictory practice provided by the English and French courts has again highlighted the adverse consequences for the arbitral institution of this lack of unanimity.

Keywords: International commercial arbitration, arbitration agreement, presumption of separability, existence, validity and effectiveness, applicable law, law of the seat of arbitration, principle of validation.

Sumario: I. Función localizadora del convenio arbitral. II. Derecho aplicable al convenio arbitral. 1. Presunción de separabilidad. 2. Determinación y ámbito de la ley rectora. III. Ley aplicable a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral cuando no concurre una elección expresa. 1. Importancia de la cuestión. 2. Soluciones de carácter conflictual: A) Dificultades en la determinación de la ley rectora. B) Aplicación de la ley rectora del contrato principal. C) Aplicación de la ley sustantiva del Estado basada en vínculos más estrechos o en o la relación más significativa con el acuerdo de arbitraje. D) Aplicación de la ley de la sede del arbitraje. 2. Soluciones de carácter material. IV. Consecuencias del diferente enfoque sobre la ley aplicable al convenio arbitral: la doble vida del laudo *Kabab-Ji*. V. Solución de síntesis: aplicación del principio de validación.

I. Función localizadora del convenio arbitral

1. Se afirma que el Derecho internacional privado, uno de cuyos maestros más eminentes es el Profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca, es una especie en peligro de extinción para convertirse en una colección de reglamentos sin alma ni inteligencia. La extraordinaria riqueza y profundidad de las investigaciones del catedrático merecidamente homenajeado pone en duda este pesimista aserto y abre la vía a múltiples formas de honrar a una descomunal obra científica. Una de ellas es esta modesta contribución escrita desde la admiración y el afecto.

La dependencia del arbitraje respecto del Derecho internacional privado se manifiesta a lo largo de todo su ciclo de vida, desde la elaboración del acuerdo de arbitraje, pasando por todo el proceso arbitral, hasta el momento en que un laudo se presenta ante un tribunal nacional para su anulación o para su reconocimiento y ejecución¹. Con referencia a la primera de estas dimensiones, es común en el ámbito del arbitraje internacional que intervengan múltiples sistemas y tradiciones jurídicas generando incertidumbre en cuanto a los límites y fronteras de la determinación y aplicación de la *lex causae* o de la ley que rige el fondo de la controversia. Si bien las partes tienen la responsabilidad principal de establecer el contenido de la ley aplicable, es claro que los árbitros poseen la facultad de determinar y verificar dicho contenido². En la operación, sin embargo, surgen incertidumbres respecto a los límites de esta facultad y cómo proceder en caso de que las partes no establezcan adecuadamente el contenido del Derecho aplicable. Los sistemas de Derecho civil y de *common law* ofrecen diferentes enfoques y herramientas para lograr un equilibrio adecuado entre el derecho y la justicia, por un lado, y el debido proceso y la autonomía de las partes, por otro lado, al tiempo que se salvaguarda la autonomía de las partes y se promueve la eficiencia del sistema arbitral³.

Desde la perspectiva de las operaciones de comercio transnacional la autonomía de la voluntad plasmada en el acuerdo de arbitraje otorga a las partes el control total sobre el proceso de resolución de la controversia⁴ del cual no es ajeno a otra importante manifestación de dicha autonomía: la designación del concreto procedimiento de arreglo de la eventual controversia surgida del contrato, bien a la jurisdicción estatal, a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o al arbitraje, por medio de un convenio o acuerdo cláusula arbitral⁵. Se acostumbra a utilizar el término “cláusula compromisoria” como distinto

¹ J.-M. JACQUET, “Droit international privé et arbitrage commercial international”, *Recueil des cours*, vol. 396, 2018, pp. 9-36.

² Y.D. RAMPALL y R. FEEHILY, “The Sanctity of Party Autonomy and the Powers of Arbitrators to Determine the Applicable Law: The Quest for an Arbitral Equilibrium”, *Harvard Negotiation L. Rev.*, vol. 23, n° 2, 2018, pp. 345-404.

³ M.S. ABDEL WAHAB, “Ascertaining the Content of the Applicable Law in International Arbitration: Converging Civil and Common Law Approaches”, *Arbitration*, vol. 83, n° 4, 2017, pp. 412-422.

⁴ J. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, 6ª ed., vol. I, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 401.

⁵ Si el convenio a acuerdo arbitral se incluye en un contrato, dicha cláusula del contrato recibe el nombre de “cláusula compromisoria”. Todo acuerdo arbitral es un contrato o compromiso, pero no todo acuerdo arbitral se incluye en un contrato

del “compromiso escrito” que no se incluye en el contrato, sino que se alcanza al margen o fuera del contrato. La “cláusula compromisoria” es, por tanto, una disposición específica dentro del contrato que establece que las partes acuerdan someter cualquier disputa derivada del contrato a un arbitraje vinculante⁶. En contraste, un “compromiso escrito” es un acuerdo autónomo, independiente de cualquier contrato principal, en el cual las partes se comprometen a resolver sus disputas mediante arbitraje⁷.

La distinción entre una cláusula compromisoria y un compromiso escrito es importante porque afecta la forma en que se aborda la validez y la aplicabilidad del acuerdo arbitral. En el caso de una cláusula compromisoria, su eficacia puede depender de la validez del contrato principal, aunque, como veremos, la doctrina de la separabilidad permite que la cláusula arbitral subsista incluso si el contrato principal es considerado nulo. Por otro lado, un compromiso escrito, al ser un acuerdo independiente, no está sujeto a la misma vulnerabilidad que un acuerdo inserto dentro de un contrato más amplio.

Esta diferenciación también refleja la flexibilidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, adaptándose a las necesidades y circunstancias específicas de las partes. La cláusula compromisoria y el compromiso escrito representan dos modos de manifestar la voluntad de someterse al arbitraje, cada uno con sus propias implicaciones legales y prácticas. En última instancia, ambos enfoques subrayan la importancia de un acuerdo claro y explícito para asegurar la efectividad del proceso arbitral y la resolución de disputas de manera equitativa y eficiente

2. El Derecho sustantivo escogido o seleccionado por las partes para resolver el fondo de la controversia entraña un sistema de valores que se consideran como preferencias subjetivas con fundamento en su aplicación y a su aplicabilidad. Con bastante frecuencia en el ejercicio de su misión los árbitros acuden a un determinado Derecho estatal porque así lo han decidido las partes o porque entienden que la relación jurídica controvertida se subsume en su totalidad dentro de un determinado ordenamiento jurídico. En función de estas dos dimensiones localizadoras, procesal y sustantiva, se afirma con razón que el convenio arbitral es la “puerta de entrada del arbitraje”⁸. Sea con justificación o no, una parte que se niega a someterse a un procedimiento arbitral comercial internacional está en disponibilidad de expresar sus críticas al acuerdo de arbitraje, principalmente con dos objetivos diversos. De un lado, como una estrategia contra su aplicación por la contraparte y, de otro lado, como una demanda sustantiva ante un tribunal estatal, impugnando la objeción de arbitraje presentada por la contraparte⁹, versando ambas estrategias sobre diversos aspectos, como la existencia misma de la cláusula de arbitraje, su validez, tanto en forma como en contenido, así como su alcance y ámbito de aplicación, suscitando cuestiones metodológicas relacionadas con la dimensión conflictual del Derecho internacional privado en la fase preliminar del proceso arbitral.

Estamos ante un terreno fértil para explorar la dimensión transnacional del arbitraje y para verificar cómo el arbitraje internacional se relaciona con diversos sistemas jurídicos nacionales que interactúan entre sí para encontrar soluciones legalmente aceptadas a los problemas que surgen en un contexto internacional¹⁰. La interacción entre múltiples sistemas jurídicos nacionales es crucial para establecer un marco legal coherente y efectivo para resolver controversias en un entorno globalizado.

más amplio. Cf. S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *Anuario Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n° 23, 2017-2018, pp. 199-222, esp. p. 201.

⁶ A. LA MARTINA, “Spunti in tema di clausola compromissoria nell’arbitrato commerciale internazionale”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 38, n° 4, 2002, pp. 991-1010; G. RUFFINI, “La nozione di clausola compromissoria”, *Riv. arb.*, vol. 14, n° 3, 2004, pp. 417-430;

⁷ El art.II.2° CNY especifica que “[l]a expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas” (C. MORVIDUCCI, “La forma della clausole compromissoria secondo la convenzione di New York del 1958”, *Riv. dir. int.*, vol. 56, 1973, pp. 732-744). Y en la misma dirección, el art. 1.2 a) CG se refiere a “acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”

⁸ T.E. CARBONNEAU, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 3ª ed., Thomson–West, 2005, p. 17.

⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Concurrencia del árbitro y del juez en el control del convenio arbitral”, *Anuario de Arbitraje*, 2021, pp. 97–154.

¹⁰ Como pusiera de relieve Lord MUSTILL en el asunto del *Channel Tunnel* “It is by now firmly established that more than one national system of law may bear upon an international arbitration. Thus, there is the proper law which regulates the sub-

3. Dentro de las múltiples razones que motivan el recurso por los operadores que participan en los negocios internacionales al arbitraje en sus contratos, destacan la eficacia, la neutralidad, el mayor control del proceso, la experiencia de los árbitros y la ejecutabilidad del laudo. Pero estas ventajas pueden verse comprometidas si una el convenio arbitral (cláusula de arbitraje/cláusula compromisoria) está mal redactado y las partes se ven envueltas en una disputa legal prolongada y costosa sobre cuestiones relacionadas con la existencia, validez, efecto, interpretación o ejecución del acuerdo de arbitraje¹¹, vinculadas muchas veces a un defectuoso empleo de la ley aplicable. En realidad, la ley aplicable al convenio arbitral es a menudo pasada por alto durante la negociación de un contrato, posiblemente porque se considera una cláusula secundaria, lo cual resulta totalmente incierto pues esta ley rige varios aspectos esenciales cuales son su existencia, validez, efectividad, alcance, interpretación, renuncia, terminación y ejecución. La aplicación de una ley u otra a la cláusula arbitral puede determinar la existencia misma del procedimiento arbitral o la validez futura del laudo.

La respuesta automática y tradicional conduce a declarar la cláusula en su conjunto sujeta a la ley del contrato que la contiene, pero el hecho de que existan varias leyes diferentes con vocación de aplicabilidad a un arbitraje comercial internacional no ayuda a eliminar la incertidumbre. Entre otras, cabe considerar las siguientes leyes en presencia:

- i) La ley aplicable al procedimiento arbitral (*lex arbitri*) determinada de forma diversa e independiente y que no tienen por qué coincidir con la ley aplicable al convenio arbitral. Es más, “la eventual diversidad entre ambas leyes puede ser fuente de conflictos, en la medida en que exista una diferencia de criterio sobre aspectos de dudosa calificación, procedimental o sustantiva”¹².
- ii) La ley aplicable a la arbitrabilidad. Para que una controversia pueda resolverse mediante arbitraje, el objeto del asunto debe ser “arbitrable”¹³, rigiendo generalmente, la elección por las partes de la sede del arbitraje¹⁴, aunque también se sugiere aplicar a la cuestión la ley que rige las cuestiones de fondo del litigio¹⁵.
- iii) La ley que rige las cuestiones de fondo entre las partes en un contexto en el cual la noción de *lex mercatoria* es un recurso valioso, pero a la vez polémico, al igual que la noción de *ex aequo et bono* es otro concepto discutido pero importante para el arbitraje comercial internacional.

*stantive rights and duties of the parties to the contract from which the dispute has arisen. Exceptionally, this may differ from the national law governing the interpretation of the agreement to submit the dispute to arbitration. Less exceptionally it may also differ from the national law which the parties have expressly or by implication selected to govern the relationship between themselves and the arbitrator in the conduct of the arbitration: the ‘curial law’ of the arbitration, as it is often called”. Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd [1993] 1 All ER 664,682, [1993] AC 334, 357–3. Vid. M. Rubino-Samartano, “The Channel Tunnel and the *tronc commun* doctrine”, *J. Int’l Arb.*, vol. 10, n° 3, 1993, pp. 59–65,*

¹¹ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (A.J. van den Berg, ed.), Kluwer Law International, 1999, pp. 197 ss.

¹² Cf. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009, pp. 39–74, esp. pp. 42–43. Este autor cita algunos ejemplos sumamente ilustrativos.

¹³ Por ejemplo, en la mayoría de las jurisdicciones, las cuestiones relacionadas con el Derecho penal, el Derecho de familia, el Derecho de la competencia y la insolvencia no son arbitrables. El art. II.1° CNY establece que se reconocerá un acuerdo de arbitraje internacional que “se refiera a una materia susceptible de solución mediante arbitraje” y el art. V.2° a) de dicho instrumento determina que no se reconocerá ni ejecutará un laudo si “la materia objeto de la diferencia no es susceptible de solución mediante arbitraje conforme a la ley” del país en el que se solicita el reconocimiento. Vid. L.A. MISTELIS, *Arbitrability: international & comparative perspectives*, Alphen aan den Rijn, Netherlands, Kluwer Law International, 2009.

¹⁴ M.L. MOSES, *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration*, 3ª ed., Cambridge University Press, 2017, p. 68. No obstante, para determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad debe examinarse, en primer lugar, en qué fase del procedimiento aparece y si surge mientras el caso está todavía ante el tribunal arbitral, debe aplicarse la ley que rige el acuerdo de arbitraje o la ley de la sede.

¹⁵ J.D.M. LEW, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements*, op. cit., p. 136. Vid. B. HANOTIAU, “The law applicable to arbitrability”, *Singapore Academy of L.J.*, vol. 26, 2014, pp. 874–885.

- iv) La ley aplicable a la validez del convenio arbitral cuya determinación suscita mayores dificultades, pues no existe una única ley que regule todos sus aspectos y cuya determinación constituye el objeto principal del presente estudio.

II. Derecho aplicable al convenio arbitral

1. Presunción de separabilidad

4. Las decisiones de los tribunales estatales y los laudos arbitrales han adoptado históricamente una serie de enfoques diferentes para seleccionar la ley que rige los acuerdos de arbitraje internacional y precisamente por producirse en un contexto internacional, esta materia tradicionalmente se ha enfocado exclusivamente desde la compleja metodología “conflictualista” privativa Derecho internacional privado¹⁶. Este enfoque ha adquirido ciertas dosis de complejidad tras la aparición de localizaciones que discurren desde la aplicación de la ley del foro judicial de ejecución, hasta respuestas alternativas de elección de ley basadas en la aplicación de la ley de la sede del arbitraje, la ley del contrato subyacente, o la ley con la “conexión más estrecha” o “relación más significativa” con el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, ninguno de estos enfoques ha resultado plenamente satisfactorio, pues la discusión de los principios de elección del Derecho aplicable a los acuerdos de arbitraje internacional adopta como punto de partida la presunción de separabilidad según la cual un acuerdo de arbitraje internacional es (al menos presuntamente) separable del instrumento subyacente al que está asociado. La teoría y la práctica del arbitraje han concebido la noción de separabilidad con el propósito de salvaguardar y mantener el acuerdo de arbitraje distinto de su contrato principal. Este concepto, junto a la autonomía y al consentimiento de las partes, constituye uno de los fundamentos esenciales del arbitraje internacional, y aunque admite inflexiones promueve la autonomía del acuerdo de arbitraje estableciendo que la ley que rige el contrato subyacente, no se aplica automáticamente a la cláusula de arbitraje, aunque las partes pueden convenir expresamente una ley que regule ambos aspectos.

De manera más gráfica, el postulado de separabilidad¹⁷ considera que esta cláusula no es otra cosa que un “contrato dentro de otro contrato”; siendo la cláusula de arbitraje una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. Puede hablarse así de dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes, de suerte que la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el convenio arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes¹⁸.

¹⁶ Así se pronunció la Resolución del *Institut de droit international* sobre arbitraje en Derecho internacional privado adoptada en Amsterdam en 1957, dirigida tanto a los propios árbitros como a los tribunales estatales cuyo objeto era “*de soumettre les conflits de lois auxquels donne lieu l’arbitrage privé, à un système unique de droit international privé*” (art. 1º) (*Annuaire IDI*, 1957, II, p. 479).

¹⁷ En Francia este principio de autonomía se formuló en las recomendaciones del primer Congreso Internacional de Arbitraje (*Rev. arb.*, 1961, pp. 37 ss), donde se incluyó un estudio de F.-E. KLEIN, “*Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire – Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal*” (*ibid.*, pp. 48 ss). Posteriormente se estableció con claridad en la Sentencia de la *Cour de cassation, civile*, de 7 mayo 1963, *Gosset*, sosteniendo que la nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula de arbitraje “*En matière d’arbitrage international, l’accord compromissoire, qu’il soit conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu’il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte*” (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 615 ss y nota de H. MOTULSKY). Y a este razonamiento se une el de la Sentencia de la *Cour de Cassation, civile*, 6 diciembre 1988, *Navimpex*, según el cual “*le principe d’autonomie de la clause compromissoire permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n’a pas pu entrer en vigueur dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion*” (*Rev. arb.*, 1989, pp. 941 ss y nota de B. GOLDMAN; *Journ. dr. int.*, 1990, pp. 134 ss y nota de M.-L. NIBOYET –HOEGY). Desde el punto de vista normativo, en 1980 el art. 1.442 NCPC recogió implícitamente el principio, aunque su codificación definitiva se produjo en 2011, cuando el Decreto nº 2011-48, de 13 de enero, dio al artículo 1.447 su redacción actual, que dispone en su primer párrafo que: “*La convention d’arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n’est pas affectée par l’inefficacité de celui-ci*”.

¹⁸ *Vid.*, *inter alia*, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. II, 1975, p. 28; F.E. KLEIN, “*Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d’arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)*”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449-552; E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex,

Desde la perspectiva del Derecho aplicable la síntesis de este planteamiento es la siguiente: la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a otro ordenamiento jurídico. Esta autonomía funcional propició la formulación del principio de autonomía conflictual, consistente en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral con independencia del contrato. La jurisprudencia y la literatura jurídica han debatido ampliamente sobre este postulado, el cual no es patrimonio exclusivo del arbitraje, sino un principio general presente en todos los sistemas legales relacionados con contratos, según el cual las cláusulas de resolución de controversias son independientes del resto del contrato¹⁹. De esta suerte, aunque el contrato en su conjunto pueda ser nulo o resuelto, la cláusula compromisoria sigue siendo válida y operativa. Su fundamento radica en la necesidad de promover la eficacia y autonomía de las cláusulas de resolución de disputas, permitiendo que sean tratadas como acuerdos separados y aplicadas incluso si el contrato principal se considera inválido o se resuelve. Esta doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral asegura que el proceso arbitral pueda seguir adelante, garantizando así que las partes puedan resolver sus disputas fuera del ámbito judicial estatal, respetando su voluntad inicial de someterse a arbitraje. Semejante independencia no solo refleja una técnica jurídica destinada a preservar la funcionalidad del arbitraje, sino que también subraya una concepción más profunda del contrato como un conjunto de acuerdos interdependientes pero autónomos. Esto permite una flexibilidad interpretativa que protege la intención de las partes de resolver sus disputas de manera eficaz y especializada, y asegura la estabilidad y predictibilidad del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. El principio de autonomía conflictual, al garantizar la separabilidad de la cláusula arbitral, no solo refuerza la seguridad jurídica, sino que también promueve la justicia al respetar la autonomía de la voluntad de las partes. Este enfoque se enmarca dentro de una tradición jurídica que valora la capacidad de los individuos y las entidades para determinar libremente las condiciones de su interacción, incluso cuando surgen disputas. La aplicabilidad continua de la cláusula compromisoria, a pesar de la nulidad del contrato principal, es un testimonio de la confianza depositada en el arbitraje como una institución capaz de ofrecer soluciones justas y equitativas fuera del ámbito estatal.

5. La presunta separabilidad del acuerdo de arbitraje, y por consiguiente la posibilidad de que una ley diferente pueda regir el acuerdo de arbitraje de las partes que la específica del contrato subyacente, es reconocida, *inter alia*, tanto por la CNY²⁰ como por la LMU²¹. Con frecuencia los tribunales

1997, pp. 110 ss; P. MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.*, 1998, pp. 359 ss; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 697–725, esp. pp. 714–719; *id.*, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n° 2, 2016, pp. 581–607; S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *loc. cit.*, pp. 202–203; M.L. PALAZÓN GARRIDO, “El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral”, *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)* (S.A. Sánchez Lorenzo, dir.), Cizur Menor, Civitas Thomson–Reuters, 2020, pp. 221–269; G. ZARRA, “Separability and the Law Applicable to the Substantive Validity of Arbitration Agreements”, *J. Int’l Arb.*, vol. 41, n° 1, 2024, pp. 29–50.

¹⁹ La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: arts. 81.1° Convenio de Viena de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías; 7.3.5 (3) de los Principios UNIDROIT, sobre los contratos comerciales; 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales.; 9:305 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo; III.–3:509. *Vid.* S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *loc. cit.*, p. 203.

²⁰ La CNY descansa en la premisa de que el acuerdo de arbitraje es un acuerdo separable, sujeto a reglas internacionales especializadas tanto de validez sustantiva como formal, las cuales se encuentran establecidas en los arts. 11.1° a 3°. Por su parte, aunque su art. II no contiene una regla expresa de elección de ley, establece reglas internacionales sustantivas de presunta validez sustantiva y formal, directamente aplicables a los acuerdos de arbitraje internacional. La consecuencia necesaria de estas reglas es que el acuerdo de arbitraje estará sujeto, al menos en parte, a un régimen legal sustantivo diferente al del contrato subyacente de las partes.

²¹ El art 8 LMU establece una norma sustantiva según la cual los acuerdos de arbitraje internacional son presuntamente válidos y ejecutables, y por lo tanto están sujetos a un régimen jurídico especializado no aplicable a otros contratos. Y el art. 16 contempla expresamente la presunta separabilidad de los acuerdos de arbitraje internacional – y reconoce implícitamente la posibilidad de que se aplique al acuerdo de arbitraje una ley nacional diferente a la del contrato subyacente. *Cf.* G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 388–392.

nacionales como los internacionales han aplicado la presunción de separabilidad en parte para salvaguardar los acuerdos de arbitraje internacional de impugnaciones de su validez basadas en normas idiosincrásicas o discriminatorias de la legislación nacional. Dicha presunción de separabilidad ha permitido a los tribunales nacionales mantener la validez de los acuerdos de arbitraje internacional, a pesar de estas normas de derecho, aplicando al acuerdo de arbitraje una ley diferente a la del contrato subyacente²².

La separabilidad entre el acuerdo de arbitraje y el contrato principal lleva aparejadas importantes consecuencias²³. Entre otras cosas, el sometimiento de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado. La separabilidad puede considerarse hoy en día un principio general del arbitraje comercial internacional, lo que no implica que, en todos los casos, la cláusula de arbitraje deba ser considerada como completamente independiente del contrato principal, pues a otros efectos, por ejemplo, la cesión del contrato, la cláusula de arbitraje sigue considerándose parte integrante de este último.

No puede negarse que la presunción de separabilidad ha contribuido significativamente a la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje internacional y a la eficacia del proceso arbitral en su conjunto. Sin embargo, al contemplar los beneficios derivados de esta presunción, emerge una paradoja inherente a ella: la posibilidad de que diferentes sistemas jurídicos puedan aplicarse al acuerdo de arbitraje y al contrato subyacente, generando complejidades e incertidumbres. La realidad jurídica nos muestra que las jurisdicciones estatales y los tribunales arbitrales han desarrollado una gran variedad de doctrinas para determinar la ley más adecuada que rijan la validez sustantiva de los acuerdos de arbitraje internacional, entre las cuales se encuentran la ley del foro para la ejecución judicial, la ley elegida por las partes para regir el contrato subyacente, la ley de la sede del arbitraje, la ley del Estado con la “conexión más cercana” o la “relación más significativa”, y un enfoque “acumulativo” que considera la ley de todos los Estados posiblemente relevantes. En este mosaico jurídico, cada enfoque aporta su propia lógica y racionalidad, pero también su propia dosis de incertidumbre y conflicto potencial. La búsqueda de una coherencia absoluta en la aplicación de la ley en el ámbito del arbitraje internacional parece, entonces, un ejercicio de reconciliación de lo diverso. La indagación del mejor enfoque para determinar la ley que debe regir el acuerdo de arbitraje lleva bastante tiempo en marcha, pero es una tarea inacabada, dado que no todos los tribunales nacionales han alcanzado una comprensión precisa sobre cómo determinar la intención fundamental de las partes²⁴.

2. Determinación y ámbito de la ley rectora

6. Desempeña el convenio de arbitraje un papel fundamental para cualquier procedimiento arbitral. Sin un acuerdo válido, el arbitraje no puede comenzar o proseguir, y cualquier laudo emitido será inválido y no ejecutable. Su efecto principal no es excluir la jurisdicción de los tribunales estatales, sino transferir el derecho de decisión a un tribunal arbitral y este “efecto positivo” del contrato se realiza legalmente en el Estado donde se encuentra la sede del tribunal arbitral de conformidad con el contrato, por consiguiente, el efecto negativo, es decir, la exclusión de la jurisdicción de los tribunales estatales es sólo una consecuencia de ello²⁵.

La elección de la ley aplicable al convenio arbitral no es una operación meramente técnica sino una manifestación palpable de la pluralidad de intereses y valores que subyacen en el entramado jurídico internacional configurándose como el resultado de un delicado equilibrio entre las expectativas de las

²² El principio de separabilidad tiene hoy un amplio reflejo en las legislaciones estatales y en los reglamentos de las instituciones arbitrales. *Vid.* una completa exposición comentada en M.L. PALAZÓN GARRIDO, “El principio de separabilidad...”, *loc. cit.*, pp. 232–246 y pp. 24–248.

²³ Ch. SERAGLINI, en *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjuncq, dirs.), París, LexisNexis, 2019, pp. 878–881.

²⁴ S. SUBRAMANIAM, “Determining the Law to govern an Arbitration Agreement: a Quest for the Best Approach”, *J. Malaysian & Comp. L.*, vol. 47, n° 2, 2020, pp. 1–22.

²⁵ *Vid.* G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 508–509.

partes, el control judicial y los poderes del tribunal arbitral, donde cada actor desempeña su papel en la búsqueda de una armonía funcional. Las expectativas de las partes reflejan sus deseos y necesidades, confiando en una resolución que respete sus intereses y derechos, actuando el control judicial como un garante de la justicia y la legalidad, para asegurar que el proceso arbitral no se desvíe de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, finalmente, los poderes del tribunal arbitral representan la autonomía y la especialización, permitiendo una interpretación y aplicación de la ley que se adapta a las particularidades del caso y las especificidades del Derecho arbitral. En este contexto, la previsibilidad se erige como un valor cardinal, pues las partes buscan certeza en el marco normativo que regirá su disputa, una claridad que les permita anticipar las consecuencias legales de sus acciones y decisiones²⁶. En definitiva, la elección de la ley aplicable en el arbitraje internacional es un reflejo de la complejidad y la riqueza de la interacción entre diversos actores y valores generador de un microcosmos que encapsula las dinámicas más amplias de la justicia internacional, donde la previsibilidad, la coherencia y la legitimidad convergen para ofrecer una resolución de disputas que aspira a ser justa, eficiente y respetuosa de la autonomía de las partes.

Por el momento no se ha llegado a un consenso a favor de alguna de las alternativas a la elección de las leyes aplicables en presencia y, como resultado de ello, la determinación de la ley que rige los acuerdos de arbitraje internacional está a menudo sujeta a una desafortunada incertidumbre²⁷. La confusión, que ha prevalecido en el ámbito de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje en los últimos años, puede atribuirse, en gran medida, a la falta de atención a las distinciones fundamentales entre cuestiones esenciales y elementos relacionados con la validez de los acuerdos de arbitraje que a menudo son descuidadas, malinterpretadas o no percibidas claramente por los tribunales arbitrales. Hay varios factores interrelacionados que pueden afectar tanto a la existencia como a la validez del acuerdo de arbitraje y cada uno de ellos puede estar sujeto a diferentes leyes. Estos factores incluyen, entre otros, la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo, la forma en que se llegó a dicho acuerdo, la determinación de la intención de las partes y la validez de las cláusulas compromisorias o pactos arbitrales específicos. La aplicación de diferentes leyes a estos aspectos fundamentales puede llevar a resultados divergentes y generar confusiones adicionales²⁸.

El descuido de estas distinciones vitales ha dado lugar a discusiones engañosas e improductivas en el ámbito de la doctrina arbitral, contribuyendo así a la creación de más incertidumbre en lugar de promover la claridad y la predictibilidad en la resolución de las controversias. Para abordar este problema de manera efectiva es crucial que los tribunales arbitrales y las partes involucradas en el arbitraje presten una atención cuidadosa a las distinciones entre los elementos esenciales y relacionados con la validez del acuerdo de arbitraje, así como a la aplicación de la ley correspondiente a cada uno de ellos. Esto contribuirá a promover la coherencia y la certeza en el proceso arbitral, facilitando así una resolución justa y eficaz de las disputas

Efectivamente, las cuestiones relacionadas con la elección de la ley aplicable a los acuerdos de arbitraje internacional surgen con frecuencia en diversos contextos, como los procedimientos arbitrales, los procesos judiciales para la ejecución de acuerdos arbitrales (art. II CNY) y los procedimientos para la anulación o reconocimiento de laudos arbitrales (arts. III y V). Cada uno de estos ámbitos utiliza normativas diferentes para la elección de la ley aplicable, lo que puede derivar en resultados divergentes respecto a la ley que rige un acuerdo de arbitraje internacional, con la consiguiente incertidumbre incompatible con el propósito de este instrumento cual es establecer un régimen uniforme y especializado para los acuerdos de arbitraje internacional.

²⁶ La previsibilidad se acomoda a la justicia del Derecho internacional privado porque pretende una cierta coordinación de los sistemas mediante una norma general que dé cierta flexibilidad a la resolución de los conflictos de leyes y que conceda mayor protagonismo a los individuos. *Vid.* G. GOLDSTEIN, “L’exception de prévisibilité Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2018, n° 1, pp. 3–29

²⁷ *Vid.*, por todos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La Ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral”, *El Derecho internacional privado. Entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 520–534.

²⁸ H.A. GRIGERA-NAÓN, “Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, t. 289, 2001, p. 13 ss, esp. p. 41.

7. La determinación de si un acuerdo de arbitraje es válido o no, según la ley aplicable, influirá en si la controversia puede someterse a arbitraje, si los procedimientos judiciales pueden ser suspendidos y si el laudo resultante puede ser anulado o denegada su ejecución. Por ejemplo, en el transcurso de una acción de ejecución de un laudo arbitral, una parte podría basarse en el art. V.1º.a) CNY y afirmar que el acuerdo en cuestión “no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”. Sin una designación específica acerca de la ley en que se basará el tribunal para resolver estas cuestiones lo más probable es que una de las partes abogue por la aplicación del Derecho sustantivo del contrato principal, mientras que la otra parte se oponga a ese razonamiento basándose en la presunción de separabilidad y/o en la CNY sosteniendo que la cláusula de arbitraje debe regirse por la ley de la sede del arbitraje. Este es un ejemplo de las muchas formas en que esta cuestión puede plantearse en la práctica, y las partes y sus abogados deben ser conscientes de estos riesgos al redactar sus cláusulas de arbitraje. No deja de sorprender que en un sistema que busca promover la eficiencia y la previsibilidad para sus usuarios, la falta de consenso sobre cómo resolver la cuestión de qué ley rige un acuerdo de arbitraje, lo cual merece, sin duda, una seria consideración.

En efecto, las partes tienen la libertad de elegir la ley aplicable a su acuerdo de arbitraje, pero no es frecuente la establezcan expresamente²⁹. Cuando si la hayan especificado existe una presunción generalmente aceptada de que han deseado que esta ley rija todas las disposiciones del contrato, incluyendo la cláusula de resolución de litigios. Pero en ausencia de una elección expresa los recursos accesorios resultan particularmente complejos.

La indicación más inequívoca sobre la ley que se aplicará al acuerdo de arbitraje vendría dada por una cláusula expresa de elección de ley. La elección explícita de ley por las partes tiene la virtud de poner fin a toda discusión sobre la ley aplicable al acuerdo de arbitraje y los árbitros estarán sujetos a las normas elegidas por las partes, estableciendo un marco claro para resolver cualquier disputa derivada del acuerdo. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, no es muy frecuente ver en los contratos una cláusula expresa de elección de la ley aplicable al convenio arbitral. Tal vez esta circunstancia se deba a que las partes deseen tener más flexibilidad durante el proceso de arbitraje. Desde una perspectiva teórica podría obtenerse una respuesta persuasiva basada en que la naturaleza del acuerdo de arbitraje determina qué ley se aplica al mismo³⁰. De esta suerte, si se considera que la naturaleza del acuerdo es procesal, se seguiría que la ley de la sede en tanto que ley del arbitraje, debería aplicarse al convenio arbitral, mientras que, si se aprecia que la naturaleza del acuerdo es sustantiva, llevaría a la conclusión de que la ley sustantiva que rige el contrato principal debería aplicarse también al acuerdo de arbitraje. Este enfoque simplista conducente de nuevo al estéril debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, no resuelve el problema³¹. Por esa razón, la controversia sobre la ley aplicable al acuerdo de arbitraje se centra en si esta ley puede ser implícitamente determinada cuando las partes han seleccionado una ley para otro aspecto del arbitraje.

8. Se ha configurado una regla general favorable a que una elección implícita de la ley puede presumirse sólo en circunstancias en las que resulte acreditado que las partes tenían intenciones mutuas de acordar una ley, incluso si no estipularon esta voluntad común de forma explícita³². Presiden esta reflexión en esencia dos teorías encontradas: la teoría de la sede, que establece que la ley rectora sigue la ubicación geográfica de la sede del arbitraje previsto y, en segundo lugar, la teoría del anfitrión favorable

²⁹ G.A. BERMANN, “International Standards” as a Choice of Law Option in International Commercial Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 27, nº 4, 2016, pp. 423–435, *id.*, “International Arbitration and Private International Law”, *Recueil des Cours*, t. 381, 2017, pp. 144–150; B. AUDIT, “L’accord d’arbitrage international: conflits de lois et règles matérielles”, *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Madrid–Paris, Lextenso / Iprolex, 2018, p. 134.

³⁰ K.P. BERGER, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, *International Arbitration 2006: Back to Basics* (A.J. van den Berg, ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 301–334.

³¹ Cf. R. NAZZINI, “The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 65, nº 3, 2016, pp. 681–703, esp. p. 683.

³² D. CZERNICH, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, *Austrian Yearb. Int’l Arb.*, 2015, pp. 73–86, esp. p. 79.

a que la ley rectora del acuerdo para arbitrar sea la misma que la ley rectora (o sustantiva) del contrato en el que, normalmente, el acuerdo para arbitrar es una cláusula³³. La reflexión carece de una respuesta clara en la CNY, la opinión académica y judicial está dividida y lo mismo acontece con los reglamentos de las instituciones de arbitraje que mantienen diversos enfoques para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, que van desde señalar a la ley de la sede, hasta delegar en los árbitros la aplicación de la ley con la conexión más cercana, o aplicar la ley que el árbitro considere más apropiada.

Existen diversos enfoques para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral, que van desde: a) señalar a la ley de la sede como controladora (“salvo que y en la medida en que las partes hayan acordado por escrito la aplicación de otras leyes o normas jurídicas y dicho acuerdo no esté prohibido por la ley aplicable en la sede del arbitraje”³⁴); b) diferir a los árbitros la aplicación de la ley con la conexión más estrecha³⁵; o, c) aplicar las normas jurídicas que el árbitro encuentre más apropiada³⁶. Algunos se decantan por la extensión de la elección de la ley del acuerdo principal a la cláusula arbitral, mientras que otros abogan por aplicar la ley de la sede del arbitraje y si bien la práctica parece favorecer la primera opción, enfatiza que cada caso debe ser evaluado individualmente y que cualquier elección implícita de ley debe establecerse con certeza razonable.

La falta de claridad genera, cabe insistir en ello, una incertidumbre contraria al objetivo del arbitraje de garantizar una resolución de controversias eficiente y predecible. La solución más directa sería que las partes eligiesen explícitamente la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Sin embargo, esto rara vez acontece, ya que las negociaciones suelen centrarse en la elección de la sede del arbitraje con la expectativa de que la ley de la sede pueda resolver cualquier disputa potencial. Las vacilaciones resultantes de la CNY y las disposiciones paralelas de la LMU, han dado lugar a una multiplicidad de enfoques³⁷ para identificar sobre la ley que rige el acuerdo de arbitraje internacional. Por eso existen una serie de opciones³⁸.

9. Resta una consideración en torno a las materias incluidas en la ley rectora del convenio arbitral, partiendo de la verificación de que algunos aspectos relativos a su validez se sujetan a una conexión autónoma. Tal es el caso de los supuestos de incapacidad de las partes, generalmente sujetos a la ley rectora del estatuto personal, que varía según se trate de personas físicas o jurídicas, oscilando entre los criterios de nacionalidad y domicilio o sede, o las derivadas de la capacidad de los entes públicos para someterse a arbitraje³⁹. Por último, los vicios del consentimiento pueden requerir la aplicación de alguna regla adicional, especialmente cuando se discute la propia perfección de la cláusula y la ausencia de aceptación por una de las partes. En tales casos, aplicar la ley elegida, la ley de la sede o la ley del foro, puede resultar paradójico pues se trata de conexiones que han sido impuestas por el oferente y que perjudican, hipotéticamente, a la parte que alega no haber aceptado⁴⁰.

³³ P. ASHFORD, “The Law of the Arbitration Agreement: the English Courts Decide?”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 3, 2023.

³⁴ Art. 16.4º Regl LCIA, 2020.

³⁵ Art. 35.1º *Règlement suisse d'arbitrage international (Swiss Rules)*, 2021: “Le tribunal arbitral statue en appliquant les règles de droit convenues entre les parties, ou, à défaut d'élection de droit, en appliquant les règles de droit avec lesquelles le litige présente le lien le plus étroit”, 2021 y art. 31.1º HKIAC, 2008.

³⁶ Art. 26 Regl. CIAM–CIAR, 2020 (“Los árbitros resolverán con arreglo a las normas jurídicas que las partes hayan elegido, o, en su defecto, con arreglo a las normas jurídicas que consideren apropiada”); art. 35.1º Regl. HKIAC, 2013, art. 21.1º Regl. CCI, 2021 (art. 31.1º Regl. ICDRI; Rule 10.1 Regl. CPR; art. 27.2º VIAC, 2013, art. 35 Regl. KLRC, 2013).

³⁷ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards...*, *loc. cit.*, pp 197 ss, esp. pp 200–202 (“the international arbitrator may take at least three different approaches in order to determine the substantive law of the arbitration da use”); M. BLESSING, “The Law Applicable to the Arbitration Oause and Arbitrability”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements*, *op. cit.*, pp 168–169 (“in addition to the above four approaches [mentioned by other commentators], five further solutions have been advocated in international arbitration practice ... All these nine solutions have also been advocated (and indeed practiced) regarding arbitrability ... Are we thus faced with a magnificent confusion?”); J.D.M. LEW, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration”, *loc. cit.*, p. 114 y pp 141–144 (“[t]here are four main conflict rules for determining the applicable law to govern the arbitration agreemen”).

³⁸ K. PLAVEC, “The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements Revisited”, *Univ. Vienna L.Rev.*, vol. 4, n° 2, 2020, pp. 82–119.

³⁹ T.–H. CHENG e I. ENTCEV, “State Capacity and Sovereign Immunity in International Arbitration”, *Singapore Academy L.J.*, vol. 26, 2024, pp. 942–974, pp. 944–955.

⁴⁰ S. SÁNCHEZ LORENZO, “La Ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral”, *loc. cit.*, p. 532.

Incorpora la ley determinada de conformidad con a esta regla conflictual un alcance amplio que se extiende a diversos aspectos sustantivos y procedimentales del acuerdo de arbitraje. En concreto, rige: a) las cuestiones relacionadas con la validez sustantiva del convenio arbitral, abarcando aspectos tales como la celebración del acuerdo de arbitraje, incluyendo la validez de la oferta y la aceptación, así como la determinación del momento en que se forma el contrato y cubriendo los vicios del consentimiento, como el dolo, el error, la amenaza o la fuerza indebida; b) la ejecución y terminación del acuerdo de arbitraje, lo cual implica considerar aspectos como la duración del acuerdo, la imposibilidad de cumplimiento, los requisitos previos para su validez y las consecuencias de su anulación, incluyendo la aplicación de la regla *exceptio non adimpleti contractus*; y, c) el alcance del acuerdo de arbitraje y la extensión del mismo a terceras partes. Debe tenerse en cuenta que el conflicto puede tener un origen contractual pero luego extenderse a otras cuestiones no previstas en el contrato, haciendo adecuada la aplicación de la *lex contractus*⁴¹.

III. Ley aplicable a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral cuando no concurre una elección expresa

1. Importancia de la cuestión

10. La ausencia de elección expresa de la ley aplicable al convenio arbitral se ocasiona con más frecuencia de lo que podría pensarse, sobre todo porque a dicho convenio, en tanto que cláusula integrante, entre otras muchas, de un contrato no se le suele dar la misma importancia que al resto de las estipulaciones contractuales. Suele negociarse en el último momento (*midnight clause*) y normalmente se utiliza una cláusula de arbitraje estandarizada y poco detallada que puede acabar considerándose como una cláusula patológica. Como consecuencia de ello, un acuerdo podría acabar siendo inválido basándose en una ley que las partes no tuvieron en cuenta o no tuvieron presente durante las negociaciones. Las razones detrás de la preocupación por elección de una ley específica para el contrato principal, mientras se pasa por alto la relativa a la validez del acuerdo arbitral, son diversas. Por lo general, las partes eligen una ley en particular porque la conocen bien, es fácilmente accesible (*v.gr.*, está disponible en su idioma o en inglés) o porque creen que contiene disposiciones que son ventajosas para su posición. El hecho de que las partes rara vez consideren la ley aplicable al acuerdo de arbitraje implica que no debería haber una extensión automática de la ley del contrato al acuerdo arbitral pues la extensión implícita de la *lex causa* a la cláusula arbitral requiere indicaciones más claras que una mera elección de la ley para el contrato principal. Baste atender a que el convenio arbitral no es, en muchos aspectos, una disposición contractual estándar y, con independencia de que se califique como como un contrato de carácter procesal o sustantivo, su contenido esencial va más allá del propósito de otras cláusulas previstas en el contrato donde se inserta.

Aparece la necesidad de determinar la ley aplicable al convenio arbitral cuando alguna de las partes cuestiona su existencia o validez, lo cual puede ocurrir en diversas etapas procesales, como cuando se solicita a un tribunal estatal que remita a las partes al arbitraje, se plantea la falta de competencia del tribunal arbitral, o se requiere la anulación o no reconocimiento y ejecución del laudo, posibilitando esta variedad de escenarios la aplicación de distintas normas de conflicto, las conducentes a resultados diferentes en orden a la validez del convenio arbitral. Los diferentes sistemas jurídicos nacionales han desarrollado diversos enfoques para abordar el conflicto de leyes en el ámbito del arbitraje internacional pues pese a su armonización, debido a la influencia de la CNY y de la LMU, la cuestión de la ley aplicable ofrece grandes carencias en esta materia y solo un número reducido de sistemas contienen disposiciones explícitas en su legislación arbitral o han desarrollado una jurisprudencia consolidada sobre este

⁴¹ Esta cuestión fue regulada primitivamente por el art. 61 LA/1988. *Vid.* R. ARROYO MONTERO, “Art. 61”, *Comentarios a la Ley de arbitraje* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coord.), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 894–902), cuyo tenor se contraponía a la ley aplicable fondo del arbitraje contemplada en el art. 62, con una regulación claramente obsoleta en el momento en que dicho precepto se elaboró, objeto de numerosas críticas (C.A. ESPLUGUES MOTA, “Art. 62”, *ibid.*, pp. 902–911), que fue superada por el art. 34 LA/2003.

tema. En sistemas estatales donde no existen disposiciones explícitas, a menudo se recurre a las normas aplicables en los procedimientos de ejecución de los laudos arbitrales, principalmente al art. V.1ª CNY

11. La mayoría de los países reconocen la autonomía de conexión de la cláusula arbitral al método clásico de conflicto de leyes, que busca el sistema jurídico más estrechamente relacionado con la relación jurídica en cuestión para determinar la ley aplicable, pero no todas las cláusulas de arbitraje incluyen una disposición explícita sobre la elección de la ley aplicable al arbitraje, por diversas razones, como la falta de acuerdo entre las partes, descuido u olvido al redactar el contrato. Resulta una omisión importante porque la determinación de la ley aplicable a la cláusula arbitral presenta desafíos, ya sea para definir su categoría jurídica o para establecer los puntos de conexión con un sistema jurídico específico⁴². Cuando las partes no han previsto nada al respecto, la aplicación del método conflictual sugiere buscar el sistema jurídico más próximo al acuerdo en disputa, lo que plantea la cuestión de si el contrato principal o la cláusula compromisoria debe tener vínculos más estrechos con dicho sistema jurídico. La jurisprudencia ha sugerido que la ley del contrato principal puede influir en la ley aplicable a la cláusula compromisoria, especialmente si es la misma ley elegida para regir el contrato principal y el país donde se llevará a cabo el arbitraje. Ello contradice uno de los objetivos primordiales del arbitraje: garantizar una resolución eficiente y predecible de disputas las incertidumbres derivadas de la falta de reglas armonizadas y las discrepancias en la jurisprudencia de los tribunales estatales. La solución más efectiva a este problema apunta a que las partes elijan explícitamente la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Sin embargo, es raro que, a pesar de contar con representación legal durante las negociaciones contractuales, opten por esta elección centrándose las negociaciones en la selección de la sede, con la expectativa de que la ley de la sede pueda resolver cualquier posible problema relacionado con el arbitraje.

2. Soluciones de carácter conflictual

A) Dificultades en la determinación de la ley rectora

12. Las inconsistencias derivadas de la aplicación de las diversas reglas de elección de la ley aplicable a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral cuando no existe una elección expresa, discutidas anteriormente, reclaman una solución más coherente y basada en principios que estén en mayor armonía con los propósitos de la CNY y la LMU y con los objetivos de las partes al celebrar acuerdos de arbitraje internacional. Tal solución debería garantizar la certeza y la predictibilidad en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral, así como en la resolución de las disputas derivadas del mismo y, al mismo tiempo, promover la eficiencia y la efectividad del proceso arbitral, fomentando la confianza de las partes en el sistema arbitral internacional. Para lograr estos objetivos, resulta menester considerar enfoques que reconozcan y respeten la autonomía de las partes al momento de elegir la ley aplicable y, al mismo tiempo, que aseguren la coherencia y la cohesión en la interpretación y aplicación de dicha ley por parte de los tribunales arbitrales.

Estos enfoques conducentes a una respuesta coherente y basada en principios en relación con la elección de ley en el arbitraje internacional resultan fundamentales contribuyendo a mantener la confianza de las partes en el arbitraje como un medio eficaz y confiable para la resolución de disputas transfronterizas. Entre las alternativas en presencia se barajan aquellas favorables a incluir la aplicación de la ley del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje, la ley del lugar de ejecución del laudo, la ley del lugar donde se llevará a cabo el procedimiento arbitral, o incluso la ley del lugar donde se ejercerá la acción de ejecución del laudo. Cada una de ellas tiene sus ventajas y sus debilidades, pero todas enfrentan la misma incertidumbre con respecto a su aplicabilidad y ejecutabilidad en sistemas que aplican reglas de conflicto de leyes más estrictas. Otra alternativa sería aplicar la regla *locus regit actum*, la cual implicaría utilizar la ley del lugar donde se celebró el acuerdo. Sin embargo, esta opción resulta poco

⁴² R. NAZZINI, “The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles”, *loc. cit.*, p. 381. *Vid. P. ASHFORD*, “The Proper Law of the Arbitration Agreement”, *Arbitration*, vol. 85, nº 3, 2019, p. 276–299.

realista, puesto que, en el contexto del arbitraje comercial internacional, la importancia del *situs* se traslada del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje al lugar donde se llevará a cabo el arbitraje o se emitirá el laudo, lo que inevitablemente conduce a la aplicación de la ley de la sede⁴³.

B) Aplicación de la ley rectora del contrato principal

13. Para seleccionar la ley que rige un convenio arbitral se ha acudido tradicionalmente a la aplicación de la ley que rige el contrato subyacente de las partes justificándose semejante proceder que la disposición expresa de elección de ley de las partes se extiende al acuerdo de arbitraje separable. Se trata de un planteamiento que posee un significado práctico considerable dado que, como se ha dicho, las partes virtualmente no acostumbra a especificar expresamente la ley aplicable a su acuerdo arbitral, a diferencia de su contrato subyacente⁴⁴. Aplicar la *lex causae*, es decir ley del contrato principal al acuerdo de arbitraje, puede parecer lógico a primera vista, dado que las partes suelen elegir explícitamente la ley aplicable al acuerdo principal y la cláusula arbitral está estrechamente relacionada con este acuerdo. De esta suerte, una cláusula de arbitraje que forma parte de un contrato deberá regirse por la misma ley que las demás disposiciones del contrato, a menos que las partes acuerden otra cosa, lo cual no es una suposición irrazonable, particularmente cuando hay una elección expresa de ley en el contrato pues, en tal caso, la cláusula de arbitraje y la cláusula de elección de la ley aplicable, suelen ser cláusulas contiguas o, al menos, vecinas y sería extraño sugerir en este contexto que la elección de la ley aplicable rige todas las disposiciones del contrato excepto la cláusula de arbitraje⁴⁵. Este punto de vista dominó durante muchos años y se plasmó en varios laudos de la CCI anteriores a 1977⁴⁶.

Sin embargo, determinar si esta extensión es la mejor solución requiere analizar cuidadosamente las intenciones de las partes. Si bien existen ciertos argumentos a favor de esta extensión para mantener la coherencia en todo el contrato, otros apuntan a que el propósito y contenido del acuerdo de arbitraje difieren significativamente del contrato en el que se inserta. La asignación de competencia a un tribunal arbitral es el objetivo principal del convenio arbitral, mientras que el contrato principal establece los derechos y obligaciones de las partes dentro de la denominada autonomía material. Por lo tanto, no resulta tan evidente que la ley del acuerdo principal deba aplicarse automáticamente al acuerdo de arbitraje, especialmente si las partes han elegido una sede diferente; en otros términos, no existe un interés claro que obligue a que ambas partes queden sujetas a la misma ley, lo que sugiere que la elección de la ley para el acuerdo de arbitraje debería hacerse de manera explícita y cuidadosa.

Acostumbran las partes a elegir una ley en particular para su acuerdo principal por razones como confianza, accesibilidad y disposiciones ventajosas, pero rara vez consideran la validez del convenio arbitral al hacer esta elección. Esto sugiere que no debería haber una extensión automática de la ley aplicable al acuerdo principal al acuerdo de arbitraje. Recuérdese que el art. 3 del Reglamento Roma I establece que la elección de la ley debe hacerse explícitamente o claramente evidente en los términos del contrato o las circunstancias del caso, lo que puede aplicarse *mutatis mutandi* al acuerdo de arbitraje. La extensión implícita de la ley del acuerdo principal a la cláusula arbitral requiere indicaciones claras de que las partes quisieron aplicar la misma ley a ambas partes. Por consiguiente, en ausencia de tales

⁴³ J.D.M. LEW, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁴ *Vid.* S.R. BOND, "How to Draft an Arbitration Clause (Revisited)", *ICSID Review*, vol. 7, n° 1, 1992, pp. 153–157. En palabras de la sentencia de la *English Court of Appeal* en el asunto *Sonatrach Petroleum Corp. v Ferrell International Ltd.*: "Where the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitrate contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract". [2002] 1 All ER (Comm) 627, párr. 32.

⁴⁵ A. REDFERN y M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet and Maxwell, 2003, p. 157.

⁴⁶ Laudo CCI n° 2626: "It is accepted by the majority that unless there is a special provision, the choice of law to be applied to the underlying contract also regulates the arbitration clause" (*Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. I, pp. 316 ss. *vid.*, asimismo, Laudo CCI n° 6379 (*Yearb. Comm. Arb.*, vol. XVII 1992, p. 212–220) y Laudo CCI n° 7047 (*ASA Bulletin*, vol. 13, 1995, pp. 301–357).

indicaciones, la elección de una ley específica no debería extenderse automáticamente al acuerdo de arbitraje.

C) Aplicación de la ley sustantiva del Estado basada en vínculos más estrechos o en o la relación más significativa con el acuerdo de arbitraje

14. Este enfoque implica la aplicación de la ley del Estado que tenga los “vínculos más estrechos”⁴⁷ con el acuerdo de arbitraje. Esta orientación es más matizada y flexible que otras basadas en la aplicación de un único factor de conexión y se ha aplicado con frecuencia en las últimas décadas a partir de los postulados emanados de los §188 y §2181 *Restatement (Second) Conflict of Laws* (1971) (US) y del art. 4 del Convenio de Roma de 1980 (el Reglamento Roma I se apartó en cierta medida de este instrumento). De acuerdo con esta opción, un tribunal reconocerá y dará efecto a la elección de las partes de la ley apropiada, expresa o implícita y si no es posible buscará identificar el sistema normativo con el cual “el contrato tiene la conexión más cercana y real”. Ahora bien, el concepto de vínculos más estrechos no puede entenderse referido a índices de proximidad estrictamente geográficos: “residencia de las partes”, “lugar de celebración del contrato”, “lugar de ejecución del contrato”, “lugar de situación de los bienes o derechos objeto del contrato”, “mercado afectado por el contrato”. Cada uno de estos criterios de conexión no tiene valor en sí mismo ni alcance general; su peso depende del grado de vinculación jurídica y económica que presente respecto de un contrato en particular, por lo que su influencia es variable según el tipo de contrato y su naturaleza. Lo fundamental no es la circunstancia geográfica, sino la medida en que tal vinculación responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la finalidad económica y jurídica de un contrato determinado⁴⁸.

Así lo puso de manifiesto el asunto *Sulamerica / Enesa*⁴⁹ donde, la *High Court* inglesa, tras realizar una valoración general del conflicto de leyes conducente a una ley que invalidaría el convenio de arbitraje, evitó este resultado aplicando una ley diferente. El supuesto se refería a un litigio de seguros entre Sulamerica, la aseguradora, y Enesa Engenharia, la asegurada, sobre reclamaciones relacionadas con la construcción de un proyecto hidroeléctrico en Brasil. Cuando el asegurado presentó reclamaciones en virtud de las pólizas, la aseguradora respondió iniciando un procedimiento de arbitraje en Londres y solicitó una declaración de exoneración de responsabilidad. El asegurado, por su parte, interpuso una acción ante los tribunales brasileños, apresurándose la aseguradora a solicitar una *anti-suit injunction* a la *Commercial court* para impedir que el asegurado prosiguiera con su acción ante los tribunales brasileños, y ésta concedió la medida cautelar a la aseguradora y el asegurado recurrió. Las pólizas de seguro en cuestión preveían el arbitraje en Londres e incluían la elección de la ley brasileña como ley sustantiva encargándose el tribunal de determinar qué ley debía regir la cláusula de arbitraje. Tras comprobar la inexistencia de una elección expresa o implícita efectuada por las partes concluyó que la ley que poseía la conexión más cercana y real con el acuerdo de arbitraje era la ley de la sede ya que era donde la “jurisdicción de apoyo y supervisión necesaria para asegurar que el procedimiento sea

⁴⁷ Acerca de la noción *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5302–5303, esp. p. 5302.

⁴⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2022, p. 684.

⁴⁹ *Court of appeal (civil division) on Appeal from the High Court of Justice Queen’s Bench Division (commercial court), Sulamerica v. Enesa Engenharia*, [2012] EWCA Civ 638: “11. It has long been recognised that in principle the proper law of an arbitration agreement which itself forms part of a substantive contract may differ from that of the contract as a whole, but it is probably fair to start from the assumption that, in the absence of any indication to the contrary, the parties intended the whole of their relationship to be governed by the same system of law. It is common for parties to make an express choice of law to govern their contract, but unusual for them to make an express choice of the law to govern any arbitration agreement contained within it; and where they have not done so, the natural inference is that they intended the proper law chosen to govern the substantive contract also to govern the agreement to arbitrate”. *Vid.* D. CHOI, “Torn Between Sulamérica and FirstLink? A Practical Solution to Choice of Law Issues at the Pre-Award Stage”, *Asian Disp. Rev.*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 41–46; B. PRIMROSE, “Separability and stage one of the Sulamerica inquiry”, *Arb. Int’l*, vol. 33, nº 1, 2017, pp. 139–151; M. CAMPBELL, “The Law Applicable to International Arbitration Agreements: the English Court of Appeal Departs from Sulamérica”, *Int’l Arb. L. Rev.*, vol. 23, nº 3, 2020, pp. 193–198.

efectivo” tendría lugar. Llama la atención en este supuesto de que en una controversia surgida en Brasil, que involucraba a partes brasileñas, donde se contemplaba la ley brasileña como ley rectora del contrato principal, ante la existencia de una cláusulas contradictorias, una de las cuales establecía el arbitraje en Londres y otra que establecía la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Brasil, la *High Court* concluyó que la ley inglesa era la que tenía una conexión más estrecha y real con la disputa y, por tanto, debía regir las cuestiones relativas al acuerdo de arbitraje. Si bien esto puede parecer extraño a primera vista, un análisis más detallado revela que el tribunal pudo haber estado motivado por el deseo de mantener la validez del acuerdo de arbitraje y de preservar de la ley que regía el contrato subyacente que amenazaba su existencia. La justificación de tal enfoque pro-arbitraje o confirmatorio es la preservación de las intenciones y objetivos de las partes mantener un procedimiento arbitral

D) Aplicación de la ley de la sede del arbitraje

15. Una tercera opción para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral es extender la ley de la sede del arbitraje a la cláusula arbitral. Emerge esta ley como la principal alternativa a la aplicación de la ley del contrato que contiene la cláusula arbitral. Esta elección se ajusta mejor a la naturaleza jurisdiccional de la cláusula, la cual se distingue fundamentalmente de otras cláusulas insertas en el contrato principal. Si bien no necesariamente todas las cuestiones planteadas por la cláusula arbitral deben ser resueltas de acuerdo con el Derecho interno del Estado donde se encuentra ubicada la sede del arbitraje, se considera que dicho ordenamiento constituye el marco legal fundamental en el cual se enraíza el proceso arbitral. Precisamente, si se concede un papel privilegiado a la ley de la sede es en su calidad de *lex arbitri*, es decir, como la ley que rige la organización y el desarrollo del arbitraje. En esta calidad, se espera que la ley de la sede, aunque de manera indirecta, designe la ley o las reglas conforme a las cuales deben resolverse las impugnaciones de la cláusula.

Cabe preguntarse cómo es posible saber dónde está la sede de un arbitraje, y por lo tanto qué *lex arbitri* se aplica, antes incluso de saber si existe un acuerdo de arbitraje válido. Se trata de una operación en dos tiempos. En el primero se adopta una decisión provisional confirmatoria de la existencia de supuesto acuerdo de arbitraje que puede ser válido y que establece el arbitraje en una sede particular que no suele ser dictada por el propio tribunal arbitral, sino por una institución administradora del arbitraje. Esto pone en marcha un segundo tiempo donde la decisión se dicta por el tribunal arbitral en el marco de las facultades derivadas del principio competencia–competencia⁵⁰.

Por lo tanto, la ley de la sede del arbitraje desempeña un papel esencial en la determinación del marco legal aplicable a las disputas derivadas de la cláusula compromisoria y la elección de una sede específica del arbitraje se considera una elección de ley, ya que implica optar por un sistema legal particular. Se esgrime al efecto que esta ley, comúnmente, está más vinculada al acuerdo arbitral que la ley del acuerdo principal. Muchos son los argumentos que militan en función de esta preferencia, como se detallará a continuación.

16. Aunque referida a la impugnación del laudo ante el tribunales, el art. V.1^oa) CNY inserta una norma de conflicto según la cual las partes puedan seleccionar una ley particular para regir únicamente su acuerdo arbitral (“la ley a que las partes lo han sometido”) estableciendo, pues, una jerarquía entre la autonomía de la voluntad de las partes, a la que concede una importancia primordial, y la ley del lugar (sede) del arbitraje, que se aplica en los casos en que las partes no han elegido la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. La justificación de la aplicación de la ley de la sede del arbitraje es la conexión más cercana o la prueba del centro de gravedad que, en sí misma, es un principio de conflicto de leyes generalmente aceptado. Resulta ampliamente reconocido hoy en día que un acuerdo de arbitraje está más estrechamente conectado con la ley de la sede del arbitraje como el lugar de ejecución del acuerdo de arbitraje que

⁵⁰ Cf. P.A. KARRER, “The law applicable to the arbitration agreement a civilian discusses switzerland’s arbitration law and glances across the channel”, *Singapore Academy L.J.*, vol. 26, 2014, pp. 849–873, esp. p. 850.

con cualquier otro país⁵¹. La estrecha conexión funcional entre el acuerdo de arbitraje y el procedimiento arbitral que se refuerza si las partes incluyen estipulaciones procesales detalladas en el acuerdo arbitral, conduce a la aplicación de esta ley a la cláusula arbitral. Así, la elección de la sede por las partes o, en su nombre, por la institución administradora o el tribunal arbitral, funciona como una elección indirecta de la ley no sólo para la ley aplicable al procedimiento arbitral sino también para la ley aplicable a la validez material del acuerdo de arbitraje⁵², para la ley determinante de la arbitrabilidad de las demandas planteadas y para la validez formal de dicho acuerdo. Mientras que, desde una perspectiva práctica, la importancia de la sede del arbitraje se reduce a un mero domicilio legal de carácter firme del arbitraje, su importancia para las cuestiones de elección de ley relacionadas con el procedimiento arbitral y el acuerdo de arbitral no puede enfatizarse lo suficiente. Por consiguiente, dado que estamos tratando aquí con un único factor de conexión para una variedad de cuestiones legales, la sede del arbitraje asume un importante efecto armonizador sobre cuestiones de ley aplicable en el arbitraje comercial internacional.

En el contexto de determinar la ley aplicable cuando la sede del arbitraje aún no se ha fijado, se ha argumentado que el valor de tal elección como factor de conexión es relativamente bajo. Esto se justifica en casos donde la sede aún no ha sido fijada por las partes o en su nombre por la institución arbitral o el tribunal arbitral. Sin embargo, el art. VI.c) CG establece que, en tales casos, los tribunales determinarán la validez sustantiva del acuerdo de arbitraje “según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal concededor del asunto”. Esto significa que aplicarán la norma de conflicto de su propia *lex fori*, que probablemente conducirá a la aplicación de la ley del contrato principal⁵³.

Este enfoque se caracteriza en primer lugar, porque la aplicación de la ley del contrato al convenio arbitral no se debe a una extensión de la cláusula de elección de ley de las partes, sino a la aplicación del test de la conexión objetiva más estrecha; y, en segundo lugar, porque si la sede del arbitraje se fija posteriormente por las partes o por la institución arbitral o el tribunal arbitral, entonces la ley de esa sede se aplica al acuerdo de arbitraje. En caso de que esta ley sea diferente de la ley aplicable al contrato principal, la elección posterior de la sede implica un cambio en la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, siendo este cambio inherente a la norma general de conflicto que vincula el acuerdo de arbitraje a la ley de la sede⁵⁴.

17. En favor de la elección de la sede del arbitraje también se esgrime su virtualidad para determinar el papel de los tribunales nacionales y los motivos para anular el laudo arbitral. Por tanto, es coherente con las intenciones de las partes que todas las cuestiones relacionadas con el acuerdo arbitral se rijan por la ley de la sede del arbitraje. Se argumenta que la ley de la sede del arbitraje debe aplicarse debido al carácter procesal de la cláusula arbitral, aunque esto puede pasar por alto el aspecto contractual del acuerdo arbitral. También se aduce que la sede del tribunal arbitral resulta esencial para hacer cumplir el acuerdo y, por ende, debe considerarse el factor más importante al determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral. Es común que las partes inviertan tiempo y esfuerzo en elegir una sede adecuada, lo que sugiere que confían en que la ley de esa sede resolverá los problemas relacionados con el acuerdo arbitral, por eso, en ausencia de una intención contraria de las partes, la ley de la sede del arbitraje debe aplicarse al acuerdo de arbitraje. Esta solución está respaldada por la regla por defecto inserta en la CNY, que establece que la validez de un acuerdo de arbitraje se determina de acuerdo con la ley del país donde se emitió el laudo, es decir, la sede. Aplicar la ley del acuerdo principal de manera demasiado amplia iría en contra del propósito de esta disposición supletoria, que es liberar a los tribunales de la tarea complicada de encontrar el principal factor de conexión de la relación jurídica. Por lo tanto, la elección de la ley para el acuerdo sustantivo solo debe extenderse a la cláusula arbitral si existen indicaciones claras de

⁵¹ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards...*, loc. cit., p. 201.

⁵² G. KAUFMANN-KOHLER, “Globalization of Arbitral Procedure”, *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1313 ss, esp. p. 1319.

⁵³ M. GÓMEZ JENE considera que “(l)a aplicación de esta norma de conflicto es muy restringida, pues (...) el CG tiene un ámbito de aplicación espacial reducido (ambas partes deben tener su domicilio o sede en un Estado parte”. Cf. “El convenio arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2027, pp. 7–38, esp. p. 18.

⁵⁴ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards...*, loc. cit., p. 201

las intenciones de las partes. Si no es así, se debe aplicar la ley de la sede del arbitraje aumentando a la conciencia de las partes sobre la importancia de dicha ley sede para el acuerdo de arbitraje.

Milita en favor de esta opción la existencia de un vínculo intrínseco entre el acuerdo de arbitraje y la *lex arbitri*, siendo esta última la que establece las normas que rigen el proceso arbitral, proporcionando un entorno jurídico que garantiza la estructura y la legalidad de los procedimientos. Se considera que este vínculo es crucial porque la ley de la sede arbitral, al ser la más familiarizada con las normas procesales específicas, ofrece una base coherente y predecible para resolver disputas relacionadas con la validez del acuerdo de arbitraje. Además, el hecho de que el art. V.1ª a) CNY y otros instrumentos internacionales utilicen la ley de la sede para determinar la existencia y validez del acuerdo de arbitraje puede considerarse en sí mismo una indicación persuasiva de la conexión más estrecha del acuerdo de arbitraje. En última instancia, considerar la ley de la sede como la más estrechamente conectada con el acuerdo de arbitraje también tiene el beneficio de crear uniformidad internacional entre las cortes y tribunales que aplican directamente la regla de conflicto de leyes del art. V.1ª.a) CNY, lo cual resulta esencial para asegurar que los acuerdos de arbitraje sean tratados de manera consistente y previsible a nivel global, reduciendo así las complejidades y las incertidumbres que pueden surgir debido a la aplicación de diferentes sistemas jurídicos. Esta uniformidad no solo facilita la ejecutabilidad de los laudos arbitrales, sino que también refuerza la confianza de las partes en la integridad y la eficacia del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas. Por lo tanto, adoptar la ley de la sede del arbitraje como el factor de conexión más relevante no solo está alineado con los principios y objetivos de la CNY, sino que también promueve una mayor coherencia y certeza jurídica en el ámbito del arbitraje internacional⁵⁵.

En suma, a falta de una indicación clara de que las partes han elegido una ley específica, la aplicación de la regla contenida en el art. V.1ª.a) CNY remitiéndose a la ley de la sede del arbitraje un amplio sector doctrina considera que esta es la solución más sensata. Si las partes han elegido una sede, la aplicación de esta ley a la validez sustantiva de la cláusula también se ajusta a la voluntad y las expectativas de las partes. La situación sólo es diferente si las partes no han elegido una sede clara. En este caso, estaría justificada la aplicación de la *lex contractus*. La práctica registra algunos casos de gran proyección internacional.

Algunos ejemplos de la práctica corroboran este planteamiento favorable a la ley de la sede del arbitraje:

18. Destaca en la jurisprudencia sueca el asunto *A.I. Trade Finance v. Bulgarian Foreign Trade Bank*⁵⁶. *In casu*, el Bulgarian Foreign Trade Bank (Bulbank) (demandante) celebró un contrato de crédito con un banco austriaco que contenía una cláusula de arbitraje, pero el banco austriaco cedió el contrato de crédito a A.I. Trade Finance, Inc. (AIT) (demandado). Surgió una disputa sobre el reembolso del préstamo por parte de Bulbank, y AIT puso en marcha un arbitraje en Suecia. Bulbank impugnó la jurisdicción, alegando que aunque el contrato de préstamo había sido cedido a AIT, la cláusula de arbitraje del contrato no le era vinculante. Los árbitros dictaron un laudo provisional en el que confirmaban su competencia sobre el litigio. AIT proporcionó una copia de la decisión a *Mealey's International Arbitration Report*, que la publicó. Tras la publicación de la decisión, Bulbank solicitó una orden del tribunal arbitral declarando que AIT había incumplido su deber de confidencialidad y, por tanto, el acuerdo de arbitraje era nulo. El tribunal desestimó la solicitud de Bulbank y dictó un laudo en su contra. Bulbank solicitó entonces al tribunal sueco que declarara nulo el laudo. El asunto llegó al Tribunal de Apelación sueco, que falló a favor de AIT. Bulbank recurrió entonces ante el Tribunal Supremo sueco, alegando de nuevo que el laudo era nulo porque la violación de la confidencialidad por parte de AIT anulaba el acuerdo de arbitraje y, por tanto, el laudo arbitral también era nulo. Partiendo de que el acuerdo donde se insertaba la cláusula de arbitraje establecía que el acuerdo se regiría por las leyes de Austria el Tribunal

⁵⁵ P.A. KARRER, "The law applicable to the arbitration agreement...", *loc. cit.*, pp. 860-861.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2000, *A.I. Trade Finance v. Bulgarian Foreign Trade Bank* [<https://jursmundi.com/en/document/decision/en-a-i-trade-finance-inc-v-bulgarian-foreign-trade-bank-ltd-and-girocredit-bank-aktiengesells-judgment-of-the-supreme-court-of-sweden-friday-27th-october-2000>]. *Vid.* M.E. ROSEMBERG, "Chronicles of the Bulbank Case. The Rest of the Story", *J. Int'l Arb.*, vol. 19, nº 1, 2002, p. 1-31.

Supremo consideró que al no incluir ninguna disposición particular sobre las leyes aplicables a la cláusula de arbitraje la cuestión de la validez de la cláusula de arbitraje debía de juzgarse de conformidad con las leyes del país en el que haya tenido lugar el procedimiento de arbitraje⁵⁷.

19. En el caso *FirstLink*⁵⁸, una de las partes instó un arbitraje basándose en una cláusula de arbitraje que especificaba el procedimiento ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo con sede en Suecia, pero la otra parte impugnó la acción de obligar al arbitraje, argumentando la invalidez del acuerdo. En este contexto, el Tribunal Superior de Singapur se apartó expresamente de la presunción refutable establecida en el caso *SulAmérica*, señalando que “*it cannot always be assumed that commercial parties want the same system of law to govern their relationship of performing the substantive obligations under the contract, and the quite separate (and often unhappy) relationship of resolving disputes when problems arise*”. Por consiguiente, en ausencia de una elección explícita de la ley aplicable, el tribunal determinó que la presunción debía ser que las partes eligieron implícitamente la ley de la sede del arbitraje para regir su acuerdo de arbitraje. Como puede observarse esta elección pretendió respetar el postulado de separabilidad y el principio de la autonomía de las partes considerando que la ley de la sede del arbitraje parece tener una conexión más estrecha con el proceso arbitral en general suministrando una pauta a seguir para aquellas situaciones donde las partes no han especificado expresamente la ley aplicable al acuerdo de arbitraje⁵⁹.

20. En la jurisprudencia británica ha tenido gran repercusión la sentencia de 9 de octubre de 2020 de la *Supreme Court* en el caso *Enka v. Chubb*⁶⁰, al aclarar, por mayoría, los principios para determinar la ley rectora de un acuerdo de arbitraje cuando las partes no han elegido una ley rectora para el contrato principal, la ley rectora del acuerdo de arbitraje será generalmente la ley de la sede del arbitraje elegida por las partes, despejando años de incertidumbre en este ámbito. *In casu*, una central eléctrica rusa resultó gravemente dañada en un incendio. Tras pagar una indemnización por los daños, Chubb, la aseguradora rusa del propietario de la central, presentó una demanda ante los tribunales rusos contra once empresas, entre ellas Enka, un subcontratista turco que participaba en las obras de construcción de la central, alegando que eran responsables de los daños causados. Enka interpuso una demanda ante los tribunales ingleses para que se dictara una *anti-suit injunction* que impidiera a Chubb continuar con el procedimiento ruso alegando que el procedimiento ruso se había iniciado en contravención de un acuerdo de arbitraje, que preveía el arbitraje en Londres con arreglo al Reglamento de la CCI, dándose la circunstancia que ni el contrato principal ni el acuerdo de arbitraje incluían una cláusula explícita sobre la ley aplicable. La *Commercial Court* desestimó la demanda de Enka basándose en que el tribunal inglés no era el foro apropiado para resolverla. Tras una apelación acelerada, la *Court of Appeal* estimó la demanda de Enka, sosteniendo que las cuestiones relativas a si los tribunales ingleses eran el foro apropiado eran irrelevantes, que el acuerdo de arbitraje se regía por la ley inglesa y que debía concederse una *anti-suit injunction* para detener el procedimiento ruso⁶¹.

⁵⁷ Su párrafo 15 declara que: “*The agreement comprising the arbitration clause provides that the agreement shall be governed by the laws of Austria. There is, however, no particular provision on the laws applicable to the arbitration clause. In these circumstances, the question of the validity of the arbitration clause shall be tried under the laws of the country where the arbitration proceedings took place, i.e. the laws of Sweden. The parties have not claimed otherwise*”.

⁵⁸ *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and Others*[2014] SGHCR 12.

⁵⁹ M. ČAP, “The FirstLink Case: Implied Governing Law of the Arbitration Agreement is that of the Seat of Arbitration”, *Asian Disp. Rev.*, vol. 16, n° 4, 2014, pp. 202–205; D. CHOI, “Torn Between Sulamérica and FirstLink? A Practical Solution to Choice of Law Issues at the Pre-Award Stage”, *Asian Disp. Rev.*, vol. 18, n° 1, 2016, 41–46.

⁶⁰ [2020] UKSC 38. *Vid.* el estudio de H. Muir Watt, “La loi applicable à la convention d’arbitrage: leçon de droit anglais”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2021, n° 2, pp. 415–420.

⁶¹ [2020] EWCA Civ 574. M. PHUA y M. CHAN, “The distinctive status of international arbitration agreements in English private international law?”, *Arb. Int’l*, vol. 36, n° 3, 2020, pp. 419–427. A. Yoong, “Of principle, practicality, and precedents: The presumption of the arbitration agreement’s governing law”, *Arb. Int’l*, vol. 37, n° 3, 2021, pp. 653–665; V. Ester Casas, “Convenio arbitral y ley aplicable: reflexión a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Enka vs. Chubb, de 9 de octubre de 2020”, *Anuario de Arbitraje*, 2021, pp. 327–341; W. Day, “Applicable law and arbitration agreements”, *Cambridge L.J.*, vol. 80, n° 2, 2021, pp. 238–241

Chubb recurrió ante la *Supreme Court*. Aunque ambas partes estaban de acuerdo en que el contrato principal se regía por la ley rusa, discrepaban sobre la ley que regía el acuerdo de arbitraje. Chubb argumentó que, dado que el contrato principal se gobernaba por la ley rusa, el acuerdo de arbitraje también debía someterse a la ley rusa, en tanto que Enka argumentó que la ley del acuerdo de arbitraje era la de la sede del arbitraje, es decir, la ley inglesa. Por mayoría de tres miembros contra dos la *Supreme Court* desestimó el recurso de Chubb considerando que, con carácter general, a falta de elección, la ley del lugar elegido como sede del arbitraje era la ley más estrechamente vinculada con el acuerdo de arbitraje, incluso aunque difiriese de la ley aplicable a la ley del contrato principal, porque: a) la sede del arbitraje es el lugar jurídico donde debe ejecutarse el convenio arbitral; b) es coherente con la CNY, y las leyes inglesas que le dan efecto; c) da efecto al propósito comercial y es probable que mantenga las expectativas razonables de las partes que han elegido resolver sus disputas mediante arbitraje en un lugar específico pero no han elegido una ley rectora para su contrato; y, d) la aplicación de una norma supletoria clara según la cual, a falta de elección, el arbitraje se rige por la ley de la sede del arbitraje (cuando ésta haya sido designada) redundante en beneficio de la seguridad jurídica y permite a las partes predecir fácilmente qué ley aplicarán los tribunales ingleses. Es cierto, según el Tribunal, que puede haber excepciones a la norma ordinaria por defecto, a saber, cuando el acuerdo de arbitraje sería inválido en virtud de la ley de la sede, pero no en virtud de la ley que rige el resto del contrato o cuando no se ha designado una sede, pero estos casos eran “excepcionales” y no se aplicaban en este caso. Dado que el contrato principal no contenía ninguna elección expresa o implícita de la ley rusa, se aplicaba la norma por defecto. La ley del acuerdo de arbitraje era la ley con la que el acuerdo de arbitraje estaba más estrechamente vinculado: la ley de la sede del arbitraje. Según esta decisión, el acuerdo de arbitraje siempre se regirá por la misma ley que el contrato principal y no habría necesidad de examinar la ley más estrechamente vinculada a la cláusula de arbitraje, salvo en los raros casos en que el acuerdo de arbitraje fuera inválido en virtud de la ley aplicable al contrato principal, lo que podría llevar a un tribunal a preferir la ley aplicable en la sede del arbitraje si el acuerdo de arbitraje fuera válido en virtud de esa ley (este es el “principio de validación”)⁶². Confirmando la decisión del Tribunal de Apelación, aunque por razones diferentes, la mayoría consideró que la ley del acuerdo de arbitraje era, por tanto, la ley inglesa.

La decisión mayoritaria de la *Supreme Court* fue considerada para cierto sector de la doctrina del *common law* como una solución bienvenida a un área que había estado confusa y poco clara durante mucho tiempo, pues en ausencia de una elección de ley, suministraba una mayor certeza a las partes comerciales que optan por el arbitraje con sede en Londres acerca de la ley que debía regir sus acuerdos de arbitraje⁶³. En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, la decisión de la *Supreme Court* es un recordatorio útil de que las características clave de un acuerdo deben establecerse en términos claros y expresos y, en aras de la seguridad jurídica, las partes que negocien contratos transfronterizos con cláusulas de arbitraje deberían considerar la inclusión de una elección expresa de la ley aplicable tanto en el contrato principal como en el acuerdo de arbitraje. También es un buen ejemplo de cómo los tribunales buscan determinar la intención implícita de las partes en relación con la ley aplicable a la cláusula arbitral. En este caso, la *Supreme Court* recordó que, en principio, en el Derecho inglés una elección de ley relativa al contrato se considera una elección implícita de ley para la cláusula arbitral. Sin embargo, dado que el contrato en cuestión no incluía ninguna elección de ley, se necesitaba reconstruir una intención hipotética de las partes utilizando presunciones. El Tribunal empleó dos presunciones principales. Primera, basándose en el principio de previsibilidad, se consideró que las partes, al haber elegido una ley para su contrato, implícitamente deseaban que la cláusula arbitral estuviera sujeta a esa misma ley. Segunda, al no haber una elección implícita de ley para la cláusula arbitral, se determinó que la ley más estrechamente relacionada con dicha cláusula era la ley de la sede del arbitraje. Como resultado, el Tribunal concluyó que la ley inglesa era aplicable a la cláusula arbitral, lo que llevó a la desestimación del recurso contra la decisión de apelación que otorgaba una *antisuit-injunction*. Según la sentencia, esta so-

⁶² Además, para la *Supreme Court* “Thus, the separability principle does not require that an arbitration agreement should be treated as a separate agreement for the purpose of determining its governing law” (párr. 41).

⁶³ T.J. YANG y D. CHAN, “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None”, *J. Int'l Arb.*, vol. 37, n° 5, 2020, pp. 635–648

lución garantizaba la armonía internacional de las soluciones, tal como se refleja en la CNY y en el *Third Restatement* del Derecho de Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones de los Estados Unidos⁶⁴.

Este razonamiento de la *Supreme Court* no ha sido acogido unánimemente de manera satisfactoria, apuntándose desde ciertos sectores que en las opiniones de los dos jueces discrepantes se encuentran sólidos argumentos para adoptar un enfoque contrario, como el seguido por los sistemas jurídicos suizo, holandés y español para determinar la validez sustantiva de un convenio arbitral. De acuerdo con este enfoque, en lugar de centrarse en determinar la ley apropiada del acuerdo de arbitraje, los tribunales sólo necesitan plantearse dos preguntas: si la demanda entra dentro del ámbito del acuerdo de arbitraje, tal y como se interpreta bajo cualquiera de las leyes potencialmente aplicables, y si es arbitrable bajo cualquiera de esas leyes⁶⁵.

21. La alternativa en favor de la sede de la aplicación de la ley de la sede goza del favor de ciertas reglamentaciones nacionales. Baste atender a la reforma operada en 2019 del art. 47 de la Ley de Arbitraje Sueca, según el cual: “(...) *If the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country where, in accordance with the parties’ agreement, the arbitration had or shall have its seat*”. Asimismo, el estudio de la práctica de los EE UU conduce, según A.S. Rau, a la aceptación del papel de la sede del arbitraje, en el sentido de que cuando existe un nivel mínimo de asentimiento, la ley del Estado elegido como sede del arbitraje debe desempeñar un papel central pues la validez y el alcance del acuerdo de arbitraje, así como el bloque normativo elegido para regular el procedimiento arbitral, están inextricablemente enredados a lo largo de todo el proceso de ahí que la *lex arbitri* al suministrar un marco esencial que define y estructura el proceso arbitral, ofrece garantías procesales y estableciendo límites a la autonomía de las partes. Y a ello se une que la legitimidad de un acuerdo de arbitraje está inextricablemente ligada a la suerte del propio procedimiento arbitral, en el que el papel de la “sede” es preponderante. Por eso, la elección de la sede del arbitraje no solo influye en aspectos logísticos y administrativos, sino que también determina el apoyo judicial disponible para el procedimiento arbitral y las posibles intervenciones de los tribunales nacionales. Este vínculo entre la sede del arbitraje y la *lex arbitri* asegura que el procedimiento arbitral se lleve a cabo de manera ordenada y con el respaldo adecuado de la jurisdicción correspondiente. Concluye esta construcción afirmando que reconocer el papel central de la sede del arbitraje no es meramente una cuestión de formalismo legal, sino una necesidad práctica y teórica para garantizar la coherencia y la efectividad del arbitraje internacional. Ignorar este aspecto podría llevar a incertidumbres y controversias adicionales que socavarían uno de los principales objetivos del arbitraje: proporcionar una resolución de disputas eficiente y predecible⁶⁶.

2. Soluciones de carácter material

22. La autonomía de conexión de la cláusula compromisoria implica, como se ha visto, que la ley aplicable a esta cláusula no necesariamente coincide con la ley que rige el contrato principal y si no hay coincidencia entre los países o las leyes, el problema se vuelve más complejo, lo que lleva a la necesidad de una norma material de Derecho internacional privado. Precisamente la complejidad de la puesta en práctica de las soluciones conflictuales ha sido invocada para defender un cambio hacia una

⁶⁴ UKSC, *Enka*, párrafos 125–141. Vid las consideraciones críticas de esta decisión, desde una perspectiva comparativa con el sistema francés, de M.E. ANCEL, en “La loi applicable à la convention d’arbitrage: panorama de droit comparé Evolutions et perspectives en France, en Suisse, en Angleterre et aux USA”, Société de Législation Comparée, Section Arbitrage ADR, Compte-rendu de la Conférence du 23 septembre 2021 [https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2021-09-23_summary_paw_-_cr_slc_23_septembre_2021_definitif.pdf]

⁶⁵ J. KOEPP y D. TURNER, “A Massive Fire and a Mass of Confusion: *Enka v. Chubb* and the Need for a Fresh Approach to the Choice of Law Governing the Arbitration Agreement”, *J. Int’l Arb.*, vol. 38, n° 3, 2021, pp. 377–394.

⁶⁶ Cf. A.S. RAU, “The Agreement to Arbitrate and the ‘Applicable Law’”, *Univ. Texas Law. Public Law Research Paper No. 644*, 17 abril 2017, p. 67

norma sustantiva⁶⁷, abandonando el método tradicional de conflicto de leyes. Los tribunales franceses han optado por una solución de carácter material que faculta a las partes renunciar al recurso del método conflictual determinándose que la existencia y la eficacia del convenio arbitral deben preverse de acuerdo con la intención común de las partes, sin necesidad de remitirse a ninguna ley nacional⁶⁸. Así pues, la ley francesa apreciará el contenido de esta cláusula compromisoria sin referencia alguna a la ley aplicable del contrato subyacente considerando que dicha cláusula de arbitraje existe de forma autónoma con respecto al resto del contrato.

La determinación de la validez sustancial del acuerdo arbitral puede inspirarse, en efecto, en un criterio material, como el sostenido por la jurisprudencia francesa. Según esta perspectiva, la validez del consentimiento de las partes se trata siempre como una cuestión jurídica, lo que lleva al sistema francés a aplicar criterios materiales de la *lex fori*, orientado claramente por criterios interpretativos favorables a estimar la validez de la cláusula arbitral basados en el *favor negotii*. Este enfoque, de un lado, se inspira en el principio de buena fe, y en ocasiones se aplica una corrección de la validez sobre la base del principio *contra proferentem*, resolviéndose cualquier ambigüedad en el acuerdo arbitral a favor de la parte que no redactó el contrato, con el objetivo de mantener la eficacia del arbitraje; y, de otro lado, abraza el objetivo de proteger la intención de las partes de someterse a arbitraje asegurando que su acuerdo sea considerado válido y ejecutable. Con ello se evitan las complicaciones y potenciales conflictos que podrían surgir de la aplicación de diversas leyes nacionales, promoviendo así una mayor coherencia y previsibilidad en la resolución de disputas arbitrales. Al optar por un criterio material y no por la aplicación rígida de una ley nacional, la jurisprudencia francesa contribuye a la estabilidad y efectividad del arbitraje internacional como opción superadora de los obstáculos jurídicos que podrían cuestionar la validez del acuerdo arbitral, reforzando el principio de autonomía y la voluntad de las partes, fundamentales en el ámbito del arbitraje⁶⁹.

Como propuso la jurisprudencia de la *Cour de cassation* francesa en el caso *Dalico*, no hay necesidad de referirse a ninguna ley nacional, dependiendo la validez del convenio arbitral de la voluntad común de las partes, aunque a reserva de las normas imperativas de Derecho francés y del orden público internacional⁷⁰. La adopción de una norma sustantiva permite abordar directamente las situaciones litigiosas sin los inconvenientes del conflicto de leyes, lo que responde mejor a las exigencias del comercio internacional y la práctica del arbitraje internacional. Sin embargo, es importante definir claramente los términos y límites de esta norma para evitar abusos o interpretaciones erróneas⁷¹.

23. No han faltado críticas a una opción tan radical basada en la conservación del acuerdo arbitral y en el *favor arbitri*⁷². Pero, en todo caso, la formulación, presentada como una aproximación material o sustantiva a la validez del convenio arbitral, con exclusión del mecanismo conflictual, esconde en

⁶⁷ Vid. L. GRAFFI, “The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner View”, *Conflict of Laws in International Arbitration* (F. Ferrari y S. Kröll, eds.), Múnich, Sellier, 2011, pp. 19–62, esp. pp. 28–35.

⁶⁸ E. GAILLARD, “Trente ans de Lex Mercatoria: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 16–18.

⁶⁹ Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO y G. STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2028, pp. 103–103.

⁷⁰ *Cour de cassation civile* 20 diciembre 1993, *Dalico* (*Rev. arb.*, 1994, pp. 116 ss y nota de H. GAUDEMÉT-TALLON). Según esta decisión “en vertu d’une règle matérielle du droit international de l’arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique”. Esta doctrina será reiterada en la Sentencia *Cour de cassation* 7 julio 2006, *Jules Verne*: “Le principe de validité de la convention d’arbitrage [est une] règle matérielle du droit français de l’arbitrage international qui consacre la licéité de la clause d’arbitrage indépendamment de toute loi étatique”, *Rev. arb.*, 2006, pp. 945 ss con nota E. GAILLARD. Y también en la Sentencia *Cour de cassation* 28 septiembre 2022, *Kabab-Ji v. KFG*, a la que nos referiremos más adelante:

⁷¹ Esto implica que el acuerdo arbitral se rige exclusivamente por los principios básicos de justicia en el contexto internacional, según son entendidos por el sistema legal francés E. GAILLARD y J. SAVAGE, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1999, n° 416

⁷² H. GAUDEMÉT-TALLON, nota a *Dalico*, cit., p. 121; C. Blanchin, *L’autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995, pp. 24 ss.

realidad, como ha puesto de relieve S.A. Sánchez Lorenzo, una opción conflictual, “la aplicación de los generosos criterios sustantivos del Derecho francés, ampliamente favorables a la admisión de la validez del acuerdo de arbitraje”⁷³.

Esto no significa que el método de conflictual deba desaparecer del ámbito de validez de las cláusulas compromisorias. Si, por ejemplo, se trata de determinar la capacidad de una de las partes de una cláusula de este tipo, habrá que determinar necesariamente lo que prevé la ley personal de dicha parte, siempre que sus disposiciones no atenten contra el orden público o las leyes de orden público del país afectado por la ejecución de dicha cláusula. Desde esta especial perspectiva, la creación de una norma sustantiva de Derecho internacional privado no es una solución de conflicto, pero permite dar una respuesta directa a las situaciones litigiosas sin pasar por las desviaciones que implica el método de atribución y responde mejor a las exigencias del comercio internacional y a la práctica del arbitraje internacional. Sentado esto, es necesario definir los contornos de la norma y los límites impuestos al control de su utilización.

IV. Consecuencias del diferente enfoque sobre la ley aplicable al convenio arbitral: la doble vida del laudo *Kabab–Ji*

24. La importancia de adoptar un enfoque específico se evidencia claramente en las diferentes soluciones alcanzadas en un mismo caso por dos jurisdicciones sucesivas: la francesa y la inglesa en el caso *Kabab–Ji*.

Este relevante precedente se originó a partir de un contrato de franquicia suscrito entre Kabab–Ji SAL, una sociedad libanesa, y Al Homaizi Foodstuff Company (AHFC), una sociedad kuwaití, regido por el Derecho inglés e incluyendo una cláusula de arbitraje de la CCI, con sede en París, en caso de litigio. A finales de 2004, AHFC informó a Kabab–Ji sobre una reestructuración del grupo mediante la creación de un holding kuwaití, Gulf and World Restaurants & Food, que se convirtió en Kout Food Group (KFG). Kabab–Ji aceptó la operación con la condición de que no afectara a “los términos y condiciones de los acuerdos ya firmados”

Iniciado un arbitraje por Kabab–Ji contra KFG, esta última entidad impugnó la competencia del tribunal arbitral, por considerar que no estaba vinculada por una cláusula arbitral de la que no era signataria. En este caso, la cuestión de la ley aplicable a la cláusula arbitral era de gran relevancia puesto que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje rige su validez y su ámbito de aplicación y, en consecuencia, su posible extensión a personas distintas de los firmantes. En este caso, se invocaron dos leyes como potencialmente aplicables a la cláusula: la ley inglesa, que regía los contratos, y la ley francesa, debido a la sede del arbitraje en París prevista por la cláusula. El laudo del tribunal arbitral tras reconocer su propia competencia aceptó la extensión de la cláusula a KFG, considerando que la cláusula arbitral se regía por el Derecho francés, fue objeto de un recurso de anulación ante los tribunales franceses y, paralelamente, de una demanda de ejecución ante los tribunales ingleses.

- i) Recurso de anulación. La sentencia de la *Cour de cassation* de 28 de septiembre de 2022⁷⁴ confirmó la decisión de la *Cour d’appel* de París reafirmando que, a falta de estipulación expresa que designase la ley aplicable al convenio arbitral, ésta se regía por las normas sustantivas de la sede del arbitraje prevista en los contratos. Y, como es bien sabido, la jurisprudencia francesa es más favorable a la extensión *ratione personae* de la cláusula compromisoria a un tercero no signatario⁷⁵. A grandes rasgos ambas instancias consideraron

⁷³ Cf. S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *Anuario Hispano–Luso de Derecho Internacional*, n° 23, 2017, p. 199–222, esp. 204–205.

⁷⁴ Recurso n° 20–0.260 [https://www.courdecassation.fr/decision/6333e9bde5004d05dab7c04c].

⁷⁵ Según la jurisprudencia francesa, la cláusula puede extenderse a un tercero que intervenga materialmente en la ejecución del contrato. *Inter alia*, *Cour d’appel* París 21 octubre 1983, *Dow Chemical*, *Rev. arb.*, 1984, p. 98; *Cour d’appel* París 7 décembre 1994, *Société V 2000 c. société Project XJ 220 ITD et autre*, *Rev. arb.*, 1996, p. 245). Si bien la extensión no es sistemática y requiere un análisis fáctico detallado por parte del tribunal arbitral.

que la cláusula de ley aplicable contenida en el contrato principal no era suficiente para establecer la intención de las partes de someter el acuerdo de arbitraje a la ley inglesa. La *Cour de cassation* concluyó que, a falta de una elección “inequívoca” de la ley específicamente aplicable a la cláusula de arbitraje, las normas sustantivas del Derecho francés, sede del arbitraje, rigen la existencia y la eficacia del acuerdo de arbitraje. Aparte que consideró que KFG no había acreditado suficientemente la voluntad común de las partes de designar la ley inglesa como ley rectora de la eficacia, transferencia o extensión del acuerdo de arbitraje la *Cour de cassation* subrayó que, a diferencia de los enfoques interpretativos aplicados por los tribunales ingleses, de la elección de la ley inglesa como ley rectora de los contratos no basta para demostrar la voluntad común de las partes de someter la eficacia del acuerdo de arbitraje a la ley inglesa, ignorando las normas sustantivas de la sede del arbitraje expresamente designada por los contratos. Tal determinación subrayó naturalmente la importancia de la designación de la sede del arbitraje, que según el Derecho francés tendría la conexión más estrecha con el acuerdo de arbitraje en los casos en que éste guarde silencio sobre la ley que lo rige. Con esta esta conclusión, la *Cour de cassation* no sólo reafirmó el postulado de separabilidad, sino también la importancia de la voluntad expresa de las partes en lo que se refiere a la ley aplicable al acuerdo de arbitraje.

- ii) Ejecución del laudo en Inglaterra. La *Commercial Court*, luego la *Court of Appeal* y finalmente la *Supreme Court*, en octubre de 2021, denegaron la ejecución del laudo, al considerar que la elección por las partes de la ley inglesa para regir el contrato era indicio suficiente de su voluntad de que dicha ley rigiera también la cláusula compromisoria⁷⁶. Aunque la presunción de separabilidad también figura en el art. 7 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996⁷⁷, la práctica de su aplicación difiere visiblemente de la francesa⁷⁸. Tal solución, explicada como pura lógica por el Tribunal Supremo británico, se sigue una tendencia preocupante que seguramente creará muchas complicaciones cuando se intente determinar la ley aplicable a un acuerdo de arbitraje⁷⁹ y resulta contraria a uno de los principios fundamentales del Derecho del arbitraje, aceptado en la mayoría de las jurisdicciones, el de la independencia de la cláusula compromisoria con respecto al contrato y a la ley aplicable al contrato

25. Como puede observarse, en contraste con la postura adoptada por los tribunales franceses, los tribunales ingleses llegaron a una conclusión diferente en el mismo asunto, favoreciendo la aplicación de la ley designada en la cláusula de ley aplicable al fondo del contrato, que remitía a la ley inglesa⁸⁰, dándose la circunstancia de que el Derecho inglés, las posibilidades de expansivas de la cláusula arbitral son más limitadas. En la mayoría de los casos dichos tribunales, requieren la demostración de la elusión de la ley o de los derechos de terceros mediante el uso de una entidad jurídica para anular la pantalla de la personalidad jurídica, o la demostración de *estoppel*, que impide que un no signatario que haya actuado como cocontratante pueda impugnar posteriormente estar vinculado por el acuerdo de arbitraje. Y a ello hay que añadir que, aunque desde la perspectiva inglesa, se reconoce esta independencia

⁷⁶ *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group Decision* [2021] UKSC 48.

⁷⁷ Teniendo en cuenta la reforma en curso de esta ley en el momento en que se escriben estas líneas, cabe preguntarse acerca de una visión más amplia de la separabilidad pues existen razones convincentes y apremiantes para adoptar un punto de vista más amplio, que fomentaría la certidumbre y la coherencia y mejoraría el enfoque actual. Cf. S. CAMILLERI, “Sense and separability”, *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 72, n° 2, 2023, pp. 509–525.

⁷⁸ En el caso emblemático de *Fiona Trust v Privalov* [2007] UKHL 40, la Cámara de los Lores sostuvo que, aunque un contrato de fletamento se había obtenido mediante soborno y, por tanto, era nulo *ab initio*, eso no bastaba para impugnar el acuerdo de arbitraje. No había pruebas de que el propio acuerdo de arbitraje se hubiera obtenido mediante soborno, por lo que sobrevivía para determinar el modo de resolución de la controversia, *Vid.* N. PENNELLEY, “Separability Revisited: Arbitration Clauses and Bribery: *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*”, *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 5, 2007, pp. 445–454; C. STYLE y M. KNOWLES, “Agora: Thoughts on *Fiona Trust - Fiona Trust: 10 Years On, the Fresh Start Entrenched*”, *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 489–498.

⁷⁹ Cf. nota de L. VAZZOLER, *New York Univ. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 54, n° 3, 2022, pp. 1125–1135, esp. p. 1135.

⁸⁰ J. CASEY y V. CARRIOU, “Loi applicable à la convention d’arbitrage a la lumière de l’affaire «Kabab-Ji»: Une comparaison entre l’Angleterre et la France”, *Rev. dr. aff. int. / Int'l Buss. L.J.*, 2023, n° 1, pp. 53–60.

jurídica del acuerdo de arbitraje, se emplea un enfoque conflictualista que considera la ley aplicable al contrato subyacente para interpretar la voluntad de las partes con respecto al acuerdo de arbitraje. Por el contrario, utilizando la metodología seguida en Francia, se buscó una autonomía estricta, optándose por establecer normas sustantivas aparentemente desvinculadas de cualquier sistema jurídico nacional, aunque en la práctica se fundamentasen en la jurisprudencia y doctrina francesas para proteger el acuerdo arbitral de posibles impugnaciones que puedan complicar su aplicación efectiva.

V. Solución de síntesis: aplicación del principio de validación

26. De todo el cúmulo de doctrinas y de supuestos de la práctica que se han examinado sigue dominando un enfoque que prescinde de presunciones e hipótesis para centrarse, en circunstancias objetivas. En términos muy generales este enfoque considera que si las partes no han incluido una elección expresa de ley en el acuerdo de arbitraje, cuestionar la intención hipotética de las partes con respecto a su elección implícita de ley es a menudo un ejercicio improcedente. Por esta razón se apunta a que tanto los tribunales arbitrales como las jurisdicciones nacionales deben aceptar que las partes simplemente no han tratado la cuestión de la ley aplicable a su acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, deben aplicar un factor objetivo de conexión decantándose por la ley de la sede por aplicación del art. V.1º.a) CNY, ya que establece que el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral pueden ser rechazados si el acuerdo de arbitraje no es válido bajo la ley a la que las partes lo han sometido, o, en ausencia de cualquier indicación, bajo la ley del país donde se dictó el laudo, o indirectamente, como el sistema de ley que está más estrechamente conectado con el acuerdo de arbitraje. Según esta posición, la ley de la sede del arbitraje no sólo es la “conexión más estrecha” del convenio arbitral, sino que proporciona un marco jurídico claro y predecible, lo cual es fundamental para la integridad y eficacia del proceso arbitral. Este enfoque objetivo evita las incertidumbres y ambigüedades que pueden surgir al intentar inferir la intención de las partes, especialmente en situaciones donde dicha intención no está explícitamente manifestada.

Frente a este punto de vista también hemos podido examinar que, mientras que la jurisprudencia y la doctrina se fragmentan entre aquellas que favorecen la aplicación de la ley aplicable al contrato principal y aquellas que abogan por la aplicación de la ley de la sede del arbitraje, emerge lentamente una tendencia hacia la adopción del principio de validación que busca preservar la validez del acuerdo arbitral siempre que sea posible, y su influencia se está consolidando dentro de la práctica arbitral internacional. Esta tendencia puede clasificarse hoy en día como una actitud que los jueces nacionales deben asumir obligatoriamente, conocida como *favor arbitrati*, un compromiso con la eficacia del arbitraje como método de resolución de disputas, priorizando la intención de las partes y la validez del acuerdo arbitral frente a formalismos jurídicos que podrían invalidarlo. Con ello, se reconoce que la finalidad del arbitraje es ofrecer una solución eficiente y justa a las controversias internacionales, minimizando los obstáculos que podrían surgir de la diversidad de sistemas legales aplicables.

En este contexto, el principio de validación no solo simplifica el panorama legal, sino que también refuerza la autonomía de las partes y la estabilidad de los acuerdos arbitrales alineándose con la necesidad de previsibilidad y coherencia en el arbitraje internacional. Así, mientras persiste la fragmentación doctrinal y jurisprudencial, la inclinación hacia el principio de validación y el *favor arbitrati* representa una evolución significativa en la práctica arbitral. Esta evolución subraya la importancia de proteger la voluntad de las partes y de garantizar que los acuerdos arbitrales sean ejecutables, contribuyendo a la legitimidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo esencial de resolución de disputas en el ámbito global.

27. Indiscutiblemente, cada uno de los distintos enfoques utilizados para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje en ausencia de una elección previa de las partes tiene sus argumentos válidos, pero ninguno es óptimo por sí solo y algunos conducen a resultados inciertos e insatisfactorios, aunque la presunción a favor de la ley de la sede destaca entre ellos. Sin embargo, esta presunción debe considerarse como *iuris tantum*, ya que el respeto a la voluntad de las partes debe ser el criterio guía en el análisis, incluso ante la presunción a favor de la ley de la sede. Centrarse exclusivamente en

la ley que rige el contrato subyacente también resulta insatisfactorio en ciertos casos, especialmente cuando el acuerdo de arbitraje está intrínsecamente relacionado con dicho contrato, como en acuerdos de *joint venture* o estatutos de sociedades; en tales situaciones, la aplicación exclusiva de la ley que rige el contrato puede ser difícil de justificar. El enfoque basado en la conexión más estrecha o relación más significativa también ha demostrado ser problemático, ya que a menudo conduce a resultados impredecibles y contradictorios⁸¹ e implica optar entre la ley de la sede del arbitraje y la ley que rige el contrato principal, lo que puede resultar arbitrario y poco predecible y carece de una base de principio sólida para determinar cuál ley es más significativa en un caso dado, ya que la elección de la sede del arbitraje no necesariamente refleja las intenciones reales de las partes mejor que la ley elegida para regir el contrato subyacente. La aplicación exclusiva de la ley de la sede arbitral se enfoca únicamente en los aspectos procesales del arbitraje, ignorando el carácter contractual del acuerdo de arbitraje⁸². Esto lleva a imprecisiones al confundir la ley que rige el acuerdo de arbitraje con la ley que regula los procedimientos arbitrales, que no siempre coinciden, y no se tiene en cuenta la estrecha conexión, tanto literal como funcional, entre el acuerdo de arbitraje y el contrato subyacente, lo que puede llevar a interpretaciones erróneas y decisiones insatisfactorias. Por consiguiente, es necesario buscar un enfoque más equilibrado y coherente que tome en consideración todas estas consideraciones para garantizar una determinación más precisa y justa de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje en el contexto del arbitraje internacional.

Frente a las complejidades e incertidumbres de los distintos enfoques sobre la elección de la ley aplicable, se sostiene que los acuerdos de arbitraje internacional se rigen por principios uniformes de Derecho internacional o, alternativamente, por un principio de validación especializado. Este principio de validación establece que, si un acuerdo de arbitraje internacional es sustancialmente válido en virtud de cualquiera de las leyes que puedan ser potencialmente aplicables, entonces su validez se mantendrá, incluso si no es válido en virtud de cualquiera de las otras elecciones de ley potencialmente aplicables.

28. El “principio de validación”, parte de la premisa de que las partes, en general, pretenden la aplicación de la ley que dará efecto a su acuerdo de arbitraje y aspira a proporcionar salvaguardas contra las peculiares incertidumbres jurisdiccionales y de elección de ley en los litigios transnacionales⁸³. Fundamentado en gran medida en el art. II CNY, aboga por la aplicación de la ley que conduce a la validez del acuerdo arbitral de suerte que el acuerdo de arbitraje será válido si es fuera bajo cualquier ley potencialmente aplicable, incluso si fuera inválido bajo las leyes pertinentes a las que remite el art. V.1^a a) CNY. Como puede observarse, este enfoque no se basa en reglas abstractas de elección de ley, sino que busca promover el interés económico de las partes al superar cualquier incertidumbre generada por el enfoque tradicional de elección de ley., pues la aplicabilidad de la ley en la sede del arbitraje y la *lex causa* puede no tener suficientemente en cuenta las expectativas económicas de las partes ni la finalidad esencial del arbitraje comercial internacional, que es resolver eficientemente disputas internacionales. Por lo tanto, la solución consiste en aplicar la ley que respalda las intenciones originales de las partes, plasmadas en un acuerdo de arbitraje válido y ejecutable. Bajo este enfoque, resulta impensable que las partes elijan una ley que conduzca a la invalidez del acuerdo de arbitraje.

Basándose en los objetivos pro-arbitraje de la CNY, el enfoque parece haberse alejado del debate gestado en torno a la aplicación de la ley de la sede o la ley que rige el contrato principal. En su lugar, los tribunales parecen adoptar cada vez más un enfoque de validación o pro-arbitraje, en el que el énfasis se pone en preservar y hacer cumplir el acuerdo de arbitraje de las partes. Aun así, la implicación de los tribunales tendrá sin duda un coste significativo. Aunque la designación de una ley aplicable al acuerdo de arbitraje puede no ser apropiada en todas las situaciones, como mínimo, debería realizarse

⁸¹ G.B. BORN, “The Law Governing International Arbitration Agreements”, *Singapore Academy of Law*, vol. 26, 2014, pp. 814–848, esp. pp. 831–833.

⁸² Una posición muy crítica respecto a la aplicación de la ley de la sede figura en el estudio de I, BANTEKAS, “The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy”, *J. Int'l Arb.*, vol. 27, n° 1, 2010, pp. 1–8.

⁸³ C. DE LOS SANTOS, C. SOTO y V. BONIN, “Ley aplicable al convenio arbitral”, *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*, t. I (C.A. Soto Coaguila, dir.), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 201, p. 679.

un análisis preliminar en la fase de redacción en un esfuerzo por comprender la posible interacción entre las diversas leyes implicadas y gestionar de forma proactiva cualquier riesgo previsto⁸⁴.

29. Dentro de las manifestaciones de este enfoque resulta obligado la referencia a la solución adoptada en Suiza por ser uno de los primeros sistemas estatales en adoptar expresamente un principio de validación en el contexto de los acuerdos de arbitraje internacional. La reforma de la Ley de Derecho internacional privado de 1987 operada en el año de 2021 no ha supuesto ninguna modificación a la norma reguladora de la ley aplicable a la validez sustantiva de los acuerdos arbitrales. El art. 178.2º de la Ley se ha erigido en uno de los rasgos característicos del Derecho suizo de arbitraje internacional⁸⁵: De acuerdo con este precepto, “*Quant au fond [la convention d’arbitrage], est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse*”.

Se trata de una norma de conflicto de leyes, no modificada por la reforma de 19 de junio de 2020, que designa como alternativa, tres leyes diferentes para determinar la validez sustantiva de los acuerdos de arbitraje, bastando que el acuerdo de arbitraje sea válido según cualquiera de los tres y proporcionando a las partes la máxima flexibilidad. Esta característica del Derecho de arbitraje suizo a menudo se identifica con el principio *favorem validitatis* para los acuerdos de arbitraje, dado que no establece una jerarquía entre las tres leyes alternativas para determinar la validez sustantiva de dichos acuerdos⁸⁶, es una clara expresión de la postura favorable al arbitraje del Derecho de arbitraje internacional suizo⁸⁷.

De conformidad con este precepto la ley suiza dará efecto al acuerdo de elección de ley de las partes en primera instancia, con el fin de mantener la cláusula arbitral. Pero si la ley elegida por las partes invalida el acuerdo arbitral, la ley suiza no dará aplicación exclusiva a dicha elección y en su lugar aplicará ya sea la ley que rige el contrato subyacente o la ley suiza, con el fin de mantener el acuerdo arbitral de las partes. El fundamento de este enfoque es que la ley que da efecto al acuerdo de arbitraje de las partes es la que refleja su elección real y más auténtica (con preferencia a una ley que invalidaría dicho acuerdo)⁸⁸. Sin embargo, hay que considerar que el referido art. 178.2º LDIP suiza puede ser problemático si los procedimientos de ejecución se llevan a cabo en otro país. Concretamente, si un acuerdo de arbitraje es válido en virtud de la legislación suiza (por ejemplo, porque es válido según la ley del acuerdo principal que se determinó objetivamente), la ejecución podría denegarse en otro Estado, ya que podrían no cumplirse los requisitos del art. V.1º.a CNY debido a la falta de elección de la ley aplicable, pero esta posibilidad fue aceptado deliberadamente por el legislador suizo⁸⁹. En conclusión,

⁸⁴ Cf. K. DRLIČKOVÁ, “The Law Applicable to Arbitration Agreements: ‘Lex Arbitri’ or ‘Lex Causae’ of the Principal Contract?”, *The Journal of Eurasian Law*, vol. 11, nº 2, 2018, pp. 119–131. Vid. E.S. LEVIN, “And, the Law Applicable to the Arbitration Agreement Is...”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 8, nº 1, 2015, pp. 17–21, esp. p. 19; H.S. LEONG y J.H. TAN, “The law governing arbitration agreements: ‘BCY v BCZ’ and beyond”, *Singapore Academy L.J.*, vol. 30, nº 1, 2018, pp. 70–96.

⁸⁵ Vid. J.-F. POUURET, “Le droit applicable à la convention d’arbitrage”, *The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects* (M. Blessing, ed.), ASA Special Series nº 8, 1994, pp. 23–31; J.-F. POUURET y S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, 2007, nº 300; P.A. KARRER, “The law applicable to the arbitration agreement...”, *loc. cit.*, pp. 859–861; G. KAUFMANN-KOHLER y A. RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, 3ª ed., Oxford University Press, 2015, nº 3.75–3.80; B. BERGER y F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2016, nº 391.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Federal de 19 agosto 2018 (4A_128/2008): “*en vertu de l’art. 178 al. 2 LDIP, la convention d’arbitrage est valable, s’agissant du fond, si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. La disposition citée consacre trois rattachements alternatifs in favorem validitatis, sans aucune hiérarchie entre eux, à savoir le droit choisi par les parties, le droit régissant l’objet du litige (lex causae) et le droit suisse en tant que droit du siège de l’arbitrage*” (cdo. 5.3.2., p. 736). Vid., asimismo, Sentencia del Tribunal Federal de 19 julio 2021 (4A_174/2021). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Federal de 7 julio 2014 (4A_124/2014) extendió el ámbito de aplicación de este precepto a los métodos alternativos de resolución de conflictos a la hora de determinar si son requisitos previos obligatorios para el inicio de un procedimiento de arbitraje. De acuerdo con esta decisión, la fase preliminar y el posterior arbitraje no estarán sujetos a dos leyes distintas (*ASA Bull.*, 2014, p. 826).

⁸⁷ S. GABRIEL y J. LANDBRECHT, “Swiss International Arbitration Law. The 2021 Reform in Context”, *ICC Bulletin*, 2022, nº 1, pp. 49–60, esp. p. 52.

⁸⁸ K. PLAVEC, “The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 89–93 y bibliografía allí citada.

⁸⁹ Por eso se apunta a que más que confiar en presunciones o inferencias o en un principio de validación, lo que puede ser

la ley suiza es ciertamente más favorable al arbitraje que el referido precepto y que muchas otras leyes nacionales. Además, bajo la ley suiza, las objeciones basadas en la validez material de los acuerdos de arbitraje son limitadas, lo que sin duda constituye uno de los atractivos de Suiza como sede de arbitrajes internacionales

30. Desde el punto de vista doctrinal y con carácter coetáneo a la solución suiza, resulta obligada la referencia la resolución del *Institut de Droit International* de 1989 que en su art. 4 de su Resolución de 1989 adoptada en Santiago de Compostela sobre “Arbitraje entre Estados, empresas estatales o entidades estatales y empresas extranjeras”, que contó como relatores a Arthur T. von Mehren y a Eduardo Jiménez de Aréchaga donde se afirmó que

“Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal shall resolve the issue by applying one or more of the following : the law chosen by the parties, the law indicated by the system of private international law stipulated by the parties, general principles of public or private international law, general principles of international arbitration, or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat. In making this selection, the tribunal shall be guided in every case by the principle in favorem validitatis”

Esta redacción responde a que cuando se cuestiona la validez de la cláusula de arbitraje, es apropiado invocar el principio del *favorem validitatis* y prever una referencia alternativa en el sentido que el tribunal resuelva la cuestión de la elección del Derecho aplicable en virtud de los principios generales del derecho internacional privado, por aplicación analógica de la ley estipulada por las partes como *lex causae*, o en virtud de la ley que aplicarían a la cuestión los tribunales del territorio en el que el tribunal tenga su sede con directa referencia a la solución contenida en el art. 178.2º LDIP suiza. Se considera que cada una de estas opciones se basa en un razonamiento diferente. La primera invoca una norma que encuentra apoyo en la práctica y el pensamiento generales respecto a la cuestión de elección de ley planteada. La segunda descansa en la razonabilidad de aplicar a la cuestión de validez una ley en la que las partes han mostrado confianza al contemplar su aplicación a otras cuestiones. El recurso a la elección de la ley que correspondería a los tribunales del territorio en el que el tribunal tiene su sede ofrece una regla que suele ser fácil de determinar. Si esta ley sostiene la validez de la cláusula, no es necesario realizar los análisis más difíciles que puede conllevar el uso de los otros dos enfoques⁹⁰.

El modelo suizo se ha extendido a otros sistemas como el español en el cual la validez sobre el fondo del convenio arbitral se regula dentro del amplio contenido del art. 9.6º LA busca asegurar en el arbitraje internacional la validez del convenio arbitral en todos sus aspectos y, dentro de ellos, establece que únicamente se podrá declarar su nulidad si así resulta de la aplicación cumulativa de las normas aplicables al fondo de la controversia, al convenio arbitral y del Derecho español⁹¹.

31. Ampliamente reconocido en los sistemas de Derecho interno como expresión de una actitud general favorable hacia el arbitraje comercial internacional, el principio del *favorem validitatis* valora la intención de las partes de someterse al arbitraje y no es una mera sugerencia, sino que requiere un enfoque obligatorio por parte de los árbitros. Inspirado en la redacción de la CNY (art. II.3º y art. VII.1º), se desprende claramente del mismo que los jueces de los Estados parte deben respaldar un enfoque pro-arbitraje significativo en todos los casos en que exista una clara manifestación de voluntad de las partes

beneficioso en última instancia para todo el sistema arbitral es que los tribunales y los Estados parte de la CNY atengan a las normas de elección de ley del art. V.1º.a) para determinar la ley aplicable a un acuerdo de arbitraje y a falta de pruebas suficientes que demuestren que las partes tenían una intención clara y real de elegir una ley adecuada para el acuerdo de arbitraje, los tribunales y juzgados deben aplicar la norma por defecto de la ley de la sede. Cf. T.J. YANG y D. CHAN, “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None”, *J. Int'l Arb.*, vol. 35, nº 5, pp. 2020, pp. 635–648, esp. pp. 647–648.

⁹⁰ *Annuaire IDI*, vol. 63, part. I, 1989, pp. 197–198.

⁹¹ *Vid.* M. VIRGÓS, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*. nº 14, 2006, pp. 13–28, esp. p. 28 [<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104>]. También la práctica arbitral apunta precedentes en esta dirección como refleja en Laudo CCI nº 11869, *Yearb. Comm Arb.*, vol. 36, 2011, pp. 47–57.;

de recurrir al arbitraje. La CNY establece, en efecto, un marco internacional que obliga a los tribunales nacionales a reconocer y hacer cumplir los acuerdos de arbitraje, siempre que estos reflejen la intención inequívoca de las partes de resolver sus disputas fuera de la jurisdicción estatal. Este respaldo judicial es esencial para fomentar la eficacia del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos y para garantizar que la autonomía de las partes sea respetada.

El principio del favor arbitral implica que, en situaciones de ambigüedad o discusión sobre la validez de un acuerdo arbitral, los tribunales deben inclinarse hacia una interpretación que favorezca la validez y ejecutabilidad del acuerdo. Este enfoque no solo promueve la estabilidad y previsibilidad en el arbitraje internacional, sino que también refuerza la confianza de las partes en el sistema arbitral como una alternativa viable y eficiente a la justicia estatal. Se consolida así, un postulado en favor del arbitraje como un mandato para los jueces y árbitros, quienes deben aplicar este enfoque de manera consistente para garantizar que la intención de las partes de someterse al arbitraje sea plenamente respetada y efectiva. En última instancia, este principio fortalece el marco jurídico del arbitraje internacional y contribuye a la resolución efectiva y justa de las controversias de carácter transnacional⁹².

Dentro de los aspectos problemáticos del principio de validación se apunta a que presupone que la cláusula de arbitraje es válida, trasladando la carga de la prueba al demandado para que demuestre lo contrario⁹³. Pero con carácter más general se denuncia que su aplicación acentúa la tendencia a confundir la elección de la ley con la validez real del acuerdo de arbitraje⁹⁴. En cualquier caso, es crucial distinguir claramente este enfoque favorable al arbitraje de la cuestión de la ley aplicable. A pesar de su atractivo práctico, el recurso al principio de validación debe armonizarse completamente con las normas existentes sobre conflicto de leyes y otro inconveniente de esta opción es que pueden surgir otros problemas en la fase de ejecución si el principio de validación no es aceptado por los tribunales del Estado que debe practicarla.

⁹² A. TWEEDDALE, “The Validation Principle and Arbitration Agreements: Difficult Cases Make Bad Law”, *Arbitration*, vol. 88, n° 2, 2022, pp. 240-248.

⁹³ N. PITKOWITZ, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, *Liber Amicorum William Laurence Craig*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 275–288 ss, esp. p. 282.

⁹⁴ En un documentado estudio A.S. Rau, asevera que: *As very few people would enter into a contract “expecting not to be bound by its terms,” this is not a choice-of-law “factor,” but rather “an assumption about facts.” It seems unlikely that applying such a banal truism will often lead us very far away from the law of the seat (...). But should it do so, the compelling inference must be that we are now faced with something like a fatal misunderstanding or “mutual mistake” a vitiating factor that typically under forum law will negate any apparent consent to the choice in the first place. Cf. A.S. RAU, “The Agreement to Arbitrate and the ‘Applicable Law’”, loc. cit., p. 67.*