

Pre-print: *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cívitas/Thomson-Reuters, 2020, pp. 271-316. ISBN: 978-84-1346045-1.

EL ACUERDO DE ARBITRAJE: VALIDEZ FORMAL Y SUSTANCIAL

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ACUERDO DE ARBITRAJE Y CLÁUSULA COMPROMISORIA.II. VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE. 1. *Validez formal*. 2. *Validez sustancial*. A) Incapacidad. B) Cláusulas compromisorias no negociadas individualmente. C) Vicios del consentimiento. D) Insuficiencia o indeterminación del objeto: cláusulas patológicas. E) Ilícitud del objeto: arbitrabilidad; F) Límites procesales a la invocación de la validez o nulidad del acuerdo arbitral. III. LEY APLICABLE. 1. *Validez formal*. 2. *Validez sustancial*. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: ACUERDO DE ARBITRAJE Y CLÁUSULA COMPROMISORIA

1. La autonomía de la voluntad es la base jurídica del arbitraje como institución. El arbitraje, como solución de controversias alternativa a las fórmulas jurisdiccionales, se fundamenta en un acuerdo entre las partes. El Derecho a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado en la Ley implica que solo mediante acuerdo se puede renunciar al derecho fundamental a obtener justicia a través de los poderes del Estado que ejercen la función jurisdiccional. El efecto negativo de la jurisdicción solo puede venir dado por un acuerdo de arbitraje¹.

¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 1/2018, de 11 de enero de 2018 ha planteado claramente la cuestión desde el punto de vista señalado. Al declarar que el art. 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, es inconstitucional y nulo. Dicho precepto establecía que “[e]l asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”. De acuerdo con la presente decisión “el derecho reconocido al asegurado por el artículo 76 e) LCS y la correlativa obligación del asegurador de someterse a dicho arbitraje debe coherencia con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (...). Solo en caso de no ser ello posible, la norma cuestionada no sería compatible con los preceptos constitucionales que se invocan como vulnerados por el órgano judicial. La posible vulneración del art. 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo. En este sentido, no cabe duda de que una mera revisión formal sólo puede ser compatible con las exigencias del art. 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral, entendido éste como la manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y en consecuencia al laudo que se obtenga (...). No puede decirse, ciertamente, que la sumisión a arbitraje de las eventuales diferencias entre asegurado y asegurador en los términos del artículo 76 e) LCS, imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva. Responde tanto a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, así como, preferentemente, a la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros. Sin embargo, el servicio a un fin constitucionalmente lícito no justifica en este caso la consecuencia jurídica cuestionada, la restricción al derecho fundamental que el arbitraje obligatorio supone. Dicha restricción deriva de que el sometimiento

La afirmación anterior puede hallar algunas excepciones en aquellos casos en que, en virtud de la Ley, una de las partes puede imponer a otra una solución arbitral, incluso en contra de su voluntad. Estas fórmulas pueden hallarse en determinadas legislaciones que imponen el arbitraje como medio de solución de controversias en sectores específicos en que concurre una parte débil, como puede ser el arbitraje de consumo o el arbitraje laboral, pero resulta más rara cuando de lo que se trata es de amparar un arbitraje comercial internacional. Con todo, en algunos sectores, como el deportivo, se ha afirmado que el consentimiento es una pura ficción que enmascara soluciones arbitrales forzadas y, en consecuencia, ajenas a la esencia del arbitraje y potencialmente ajurídicas².

2. El acuerdo por el que las partes deciden someter sus diferencias actuales o potenciales, a una solución arbitral recibe la denominación genérica de “acuerdo” o “convenio” arbitral o de arbitraje. El término “cláusula compromisoria” o “cláusula arbitral” es más restringido. Toda cláusula compromisoria implica un acuerdo o convenio arbitral, pero no todo acuerdo o convenio arbitral se expresa en una cláusula compromisoria. Si el acuerdo arbitral se refiere a controversias futuras, dicha cláusula del contrato recibe el nombre de "cláusula compromisoria" (*arbitration clause*). La cláusula compromisoria acostumbra a incluirse en un contrato o, en otro caso, suele vincularse a una relación contractual.

3. Se emplea el término "cláusula compromisoria" o “cláusula arbitral”, como distinto del "compromiso escrito", “compromiso arbitral”, o “acuerdo arbitral autónomo o independiente” (*submission clause*), que no se incluye en el contrato, sino que se alcanza al margen o fuera del contrato para resolver conflictos ya existentes.

Así el artículo II.2 del 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". En el mismo sentido, el artículo 1.2 a) CG se refiere a "acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una

de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de una de las partes del contrato, de modo que establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial de la otra que es contrario al derecho de todas las personas ‘a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos’ (en similares términos, STC 174/1995, FJ 3). Dos son los efectos que se derivan del precepto: el primero, la obligación de una de las partes, por voluntad de la otra, de someter la cuestión a arbitraje y, por tanto, a estar y pasar por lo decidido en el laudo, y el segundo, el efecto de impedir a los jueces y tribunales conocer del litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto. Por tanto, la imposición de un arbitraje como el previsto en el art. 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes (...). Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional”.

² Vid. A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005, § 473-475; J. Paulsson, "Arbitration of International Sport Disputes", *9 Arbitration International*, 1993, pp. 359-370.

cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separados 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". La trascendencia de la distinción entre "cláusula compromisoria" y "compromiso arbitral" es mínima. Como indica gráficamente el art. 10.1º LA Guatemala: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un 'compromiso' o de una 'cláusula compromisoria', sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje". La distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral se difuminó en el arbitraje comercial internacional antes de que perdiera asimismo su sentido en el arbitraje interno³.

4. El acuerdo de arbitraje, en cualquier caso, implica una obligación de naturaleza contractual que conlleva el intercambio de declaraciones de voluntad coincidentes o, si se quiere, la concurrencia de oferta y aceptación, que como se verá no siempre requiere un acuerdo expreso y escrito. De hecho, en el arbitraje de inversiones el convenio arbitral no es por definición expreso, sino tácito. De igual modo, el acuerdo arbitral se expresa a menudo de forma tácita por el mero hecho de incorporarse las partes a una asociación o sociedad mercantil, en cuyos estatutos se establezca la solución arbitral para las relaciones entre los socios. En estos casos, el consentimiento se expresa por adhesión y plantea problemas similares a la validez de los acuerdos de arbitraje en condiciones generales de la contratación.

5. En el arbitraje comercial internacional, el arbitraje suele fundarse en la mayor parte de los casos en una cláusula compromisoria. La relación entre cláusula compromisoria y contrato es puramente formal. En términos sustantivos, una cláusula compromisoria puede desbordar los límites materiales de un contrato. Dicho de otra forma, el alcance de una cláusula compromisoria no tiene por qué limitarse a las controversias que puedan surgir en relación con las obligaciones contractuales derivadas del contrato en que se incluye. Según como esté redactada la cláusula, el acuerdo arbitral puede extenderse a otras relaciones jurídicas entre las partes, ajenas, en principio, al contrato como fuente de obligaciones, aunque de algún modo nazcan con ocasión del contrato, más como hecho que como fuente de obligaciones jurídicas: así, es posible que una cláusula compromisoria sirva para dilucidar conflictos entre las partes que nazcan de hechos ilícitos, relativos pues a la responsabilidad no contractual, o determinados por obligaciones nacidas del Derecho de la competencia, la propiedad industrial o del Derecho de sociedades.

6. Por otra parte, el principio de autonomía y separabilidad de la cláusula compromisoria se presenta como un tópico o lugar común del arbitraje⁴, que será objeto de un análisis específico y detallado en otro capítulo de esta obra. Debemos indicar, en

³ Vid. C. Seraglini y J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013, pp. 479-481.

⁴ Para una síntesis de sus antecedentes, evolución legislativa y consolidación como principio general vid. J. C. Fernández Rozas, "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*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 588-592.

cualquier caso, que la formulación, el sentido y el alcance de este principio dista mucho de ser unívoco tras un estudio de Derecho comparado.

El principio de separabilidad de la cláusula compromisoria es generalmente entendido en el marco de la relación entre la cláusula y el contrato que la contiene. Dicho principio pretende que la cláusula compromisoria sea entendida como un contrato en sí mismo, como un negocio "abstracto" en relación con el contrato. Semejante consideración es instrumental, pues pretende disociar la validez o nulidad de la cláusula respecto del contrato: La nulidad de la cláusula no determina la nulidad del contrato, ni la nulidad del contrato determina la nulidad de la cláusula.

El artículo 16.1º LMU expresa este principio con claridad, desde la perspectiva de la cláusula compromisoria: "...una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria". Se trata de una formulación que podemos hallar en la práctica totalidad de las legislaciones en materia de arbitraje (*ad ex.*, artículo 1447 CPC Francia; artículo 7 LA Inglaterra; artículo 178.3 LFDIP Suiza; artículo 5 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR). En la práctica, sin embargo, pueden encontrarse ejemplos preocupantes de omisión de esta regla por la jurisprudencia⁵.

La separabilidad de la cláusula compromisoria en este sentido no responde a un principio específico del Derecho sobre arbitraje. Se trata de un principio recogido como lugar común en todos los sistemas de Derecho contractual, tanto para la nulidad como para los efectos de la resolución del contrato respecto de las cláusulas de solución de controversias o de ley aplicable o, por ejemplo, de aquellas obligaciones previstas en caso precisamente de resolución del contrato.

La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: artículos 81.1 del 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 internacionales; 9:305 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo; III.-3:509 (2) Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) en Europa; 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales.

Dicho principio permite, pues, que la nulidad de un contrato pueda ser objeto de arbitraje, de conformidad con la cláusula contenida en el propio contrato. Semejante posibilidad, sin embargo, no impide que la cláusula compromisoria pueda ser asimismo nula, incluso por las mismas razones que amparan la nulidad del contrato en que se contiene, por ejemplo cuando dicho contrato y la propia cláusula están afectados por la falta de capacidad de una de las partes o por un vicio de consentimiento⁶. Como veremos más adelante, la separabilidad implica, no obstante, que la ley aplicable a la validez del

⁵ Vid. por ejemplo, en Bolivia, Autos del Tribunal Supremo de 29 de agosto de 2003 y de 11 de febrero de 2005 (cf. J. C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 609-611).

⁶ Vid. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 122-127; P. Mayer, "Les limites de la séparation de la clause compromissoire", *Revue de l'arbitrage*, 1998, pp. 359-368; J. D. M. Lew, L. A. Mistelis y S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, § 6-14.

contrato y la ley aplicable a la validez de la cláusula se determinan conforme a reglas de Derecho aplicable o de Derecho internacional privadas distintas.

7. Más allá de este principio de separabilidad del régimen jurídico de la cláusula compromisoria respecto del propio del contrato, la autonomía de la cláusula arbitral se predica en un segundo sentido, más controvertido, para significar la independencia de la cláusula compromisoria o del acuerdo arbitral de cualquier Derecho estatal, en virtud del carácter anacional del arbitraje. El postulado se suscita ya en la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 4 de julio de 1972 en el asunto *Hetch* y toma forma en especial en la sentencia del mismo tribunal de 20 de diciembre de 1993 (*Dalico*). En esta última decisión, el tribunal deduce del principio de separabilidad de la cláusula compromisoria, considerado en sí mismo como un principio del Derecho internacional del arbitraje (no específicamente francés), que la validez y eficacia de la cláusula no puede quedar sometida a ningún Derecho estatal, sino que debe ser observada a partir de la voluntad común de las partes. La regla aparece formulada en el artículo 4.II AUA de forma clara, al enunciar el principio de separabilidad de la cláusula arbitral⁷.

Aparentemente, la deducción del tribunal francés vendría a proponer una aproximación material o sustantiva al problema de la validez de la cláusula compromisoria, frente a las soluciones conflictuales más frecuentes. Esta lectura, sin embargo, es engañosa. En realidad, el tribunal francés parece querer extraer del principio de autonomía de la cláusula compromisoria una aproximación puramente fáctica a la cuestión de la validez de la cláusula compromisoria, que pasaría por la mera constatación fáctica de la voluntad común de las partes en su formulación. Aunque el objetivo de favorecer la validez del acuerdo arbitral frente a incómodas exigencias eventualmente previstas por una determinada ley nacional es evidente⁸, la pretensión es vana, pues la interpretación de la existencia de una voluntad común de las partes es una circunstancia que debe valorarse conforme a parámetros jurídicos⁹. En realidad, la jurisprudencia francesa lo que viene a esconder tras la pretendida anacionalidad de la cláusula compromisoria es la aplicación a su validez de los criterios (generosos) del Derecho francés en materia de arbitraje internacional. Así lo reconoce, en realidad, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de julio de 2006, en el asunto *Jules Verne*, al sentenciar que "*le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique*"¹⁰. La anacionalidad de la cláusula compromisoria conlleva una exclusión de las leyes estatales que limitan su validez. Llevado al absurdo, la cláusula sería siempre

⁷ Art. 4 AUA: "*La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique*".

⁸ Vid. las reflexiones al respecto en *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 231-232.

⁹ Vid. C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995, p. 24.

¹⁰ La circunscripción del principio al Derecho del arbitraje internacional propiamente francés ya había sido señalada por la sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de marzo de 2004 en el asunto *Unikod* (*Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 961).

válida, puesto que ninguna ley podría señalar su nulidad. Evidentemente, el sentido de la jurisprudencia francesa es otro: la validez de la cláusula compromisoria se determina de forma directa a través de los criterios materiales del propio Derecho francés, cuyas normas, básicamente partidarias de admitir la validez de la cláusula salvo por motivos estrictos de orden público internacional, se aplicarían como normas materiales de Derecho internacional privado sin necesidad de una especial conexión (*Inlandsbeziehung*)¹¹.

Desvelado el sofisma, conviene incidir asimismo en la alteración de la premisa. Como hemos señalado, la separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato obedece a un principio anclado en el Derecho contractual, no en el Derecho del arbitraje. Se trata de una separación de la cláusula respecto del contrato principal, como contrato autónomo dentro del contrato. Consecuencia de esta separación es, simplemente, que la ley aplicable a cada contrato autónomo ha de ser o puede ser diferente.

La jurisprudencia francesa produce un salto lógico que ya no se ancla en las exigencias o postulados del Derecho contractual, sino en los valores que sustentan una determinada concepción del arbitraje comercial internacional: la cláusula compromisoria, y su eficacia, no solo son independientes del contrato, sino también de cualquier Derecho estatal. Este salto lógico, sin embargo, no puede deducirse del principio de separabilidad de la cláusula respecto del contrato. El principio de separabilidad de las cláusulas de solución de controversias respecto del contrato sí es un principio del Derecho internacional de los contratos, y también del arbitraje comercial internacional. En cambio, el principio de independencia de la cláusula compromisoria respecto de los derechos estatales no es un principio del Derecho internacional, sino más bien del Derecho francés del arbitraje.

De hecho, en sentido estricto, el principio de separabilidad del contrato aboca más bien a la sujeción de la cláusula compromisoria, como contrato autónomo, a su propio derecho aplicable. En defecto de reglas uniformes que regulen las condiciones de fondo y de forma de las cláusulas compromisorias, como contratos específicos, la regla más evidente es recurrir al carácter residual que en todo sistema contractual tienen las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. La propuesta jurisprudencial francesa propone como alternativa una aproximación material o sustantiva, pero que en realidad esconde una opción conflictual: no se trata de aplicar criterios transnacionales sobre la validez de un acuerdo, que no existen, sino pura y simplemente de valorar la validez de la cláusula conforme a los criterios sustantivos de perfección del acuerdo que rigen en el Derecho francés para tal tipo de acuerdos: en suma, de aplicar la *lex fori*¹².

II. VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

¹¹ La sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de marzo de 2004 en el asunto *Unikod* sugiere un límite conflictual en la hipótesis, ciertamente extraña, de que las partes hayan elegido una ley aplicable a la validez de la cláusula compromisoria. Como señalan C. Seraglini y J. Ortscheidt si la aproximación material se basa en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, es difícil no reconocer el derecho de las partes a autolimitar o regular su voluntad sometiendo la propia validez de la cláusula compromisoria a la ley estatal que estimen pertinente (*vid. op.cit.*, pp. 494-496).

¹² *Vid.* en especial, las apreciaciones críticas de C. Seraglini y J. Ortscheidt, *op.cit.*, pp. 496-501.

1. VALIDEZ FORMAL

8. El artículo II.1 CNY define el acuerdo arbitral como el "acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje". Y en su apartado segundo añade: "[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". Como veremos, esta definición de acuerdo arbitral resulta restringida, en términos formales. De ahí la recomendación interpretativa adoptada por la CNUDMI el 7 de julio de 2006 indique que las circunstancias que describe el apartado segundo no son exhaustivas a la hora de determinar que existe un acuerdo escrito. El arbitraje se sustenta en todo caso en la voluntad de las partes, en su acuerdo para someter sus controversias a una solución arbitral. Dicho acuerdo o convenio de arbitraje puede resultar expreso o tácito, escrito o no¹³.

El artículo II.1 CNY (aunque no la Convención en su conjunto) se refiere exclusivamente a una suerte de acuerdos arbitrales, que suman su carácter expreso a su formalización por escrito. El convenio arbitral, sin embargo, puede alcanzarse de forma expresa sin necesidad de que se redacte por escrito (por ejemplo, oralmente), y sobre todo de forma tácita. De hecho, en el arbitraje de inversiones, el convenio arbitral no es por definición expreso, sino tácito. Los acuerdos de protección recíproca de inversiones constituyen tratados entre Estados, sin intervención de los inversores. Según la corriente más habitual, a través de dichos Tratados los Estados formulan una oferta genérica de acuerdo arbitral a los inversores extranjeros, dentro del ámbito de aplicación del Tratado. Generalmente, dicha oferta no es única ni simple, pues los inversores pueden optar no sólo por distintas posibilidades arbitrales, tanto institucionales como incluso *ad hoc*, sino también por una reclamación jurisdiccional ante los tribunales del Estado receptor de las inversiones. El acuerdo arbitral se perfecciona tácitamente, por el mero hecho de la presentación de la solicitud de arbitraje, reclamación o demanda por parte del inversor. La regla *fork in the road*, que implica la preclusión de cualquier otra opción procesal una vez que el inversor demandante ha realizado su opción, no es más que una consecuencia de semejante perfección tácita del acuerdo arbitral a través de la interposición de una demanda arbitral.

9. Tradicionalmente, la mayoría de los sistemas jurídicos exigen la constancia por escrito del acuerdo arbitral. Se justifica esta exigencia formal no solo por razones probatorias, sino en virtud de razones de seguridad jurídica para las propias partes, dada la eficacia futura, más allá del contrato, del propio acuerdo de arbitraje y la importancia del acuerdo en sí mismo¹⁴. Se hace referencia, asimismo, a una función "canalizadora",

¹³ La fórmula del art. 7.1º LMU para definir el acuerdo o convenio arbitral es más amplia: "El 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".

¹⁴ Vid. A. M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012, pp. 108-109.

en la medida en que los acuerdos de arbitrajes no escritos pueden ser eficaces, pero no se benefician de las consecuencias legales específicas previstas por la Ley para los acuerdos arbitrales escritos¹⁵.

Semejante exigencia formal lleva a una sencilla conclusión: el acuerdo de arbitraje solo es posible, propiamente, si está redactado por escrito.

Así se expresa en la Opción I (art. 7.2º) LMU, en el art. II.1 CNY, en el art. 1.2 a) CG, en el art. 6.1º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR o en el art. 1 de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975. También se formula en algún reglamento de arbitraje institucional (*ad ex.* art. 2 del Reglamento de Arbitraje de las Antillas Holandesa - Aruba), y se recoge en la mayor parte de las legislaciones nacionales: art. 14 LAC Afganistán; art. 404 CPC Albania; art. 1031 CPC Alemania; art. 10.6 LA Andorra (solo arbitraje interno); art. 3.1 LA Angola; sec. 32 LA de Antigua y Barbuda; art. 9.3 LA Arabia Saudí; arts. 1007 y 1040 CPC Argelia; art. 15 -18 LACI Argentina; art. 8 LA Armenia; secc. 16 LA Australia (opción I del art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI); art. 563 CPC Austria; art. 7 LAI Azerbaiyán; art. 6 LA Bahamas; art. 9 LA Bangladesh; art. 10 LAI Barbados; art. 4 LA Baréin (opción I del art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI); sec. 2 LA Bermudas (por referencia al antiguo art. 7.1 LMU); art. 11 LAI Bielorrusia; arts. 42 y 43 LA Bolivia; art. 435 CPC Bosnia; arts. 4 y 9 LA Brasil; art. 7 LACI Bulgaria; art. 342 CPC Burundi; art. 34 LADR Bután; art. 5 LA Cabo Verde; art. 7 LAC Camboya; art. 7 LAC Catar; art. 16 LA China; secc. 19 LA Hong Kong (opción I del art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI); art. 7.2 LA China-Macao; art. 7 LACI Chile; art. 7 LACI Chipre; arts. 6 y 69 LA Colombia; art. 5 LAI Corea del Norte; art. 8 LA Corea del Sur; art. 18 LADR Costa Rica; art. 6 LA Croacia; art. 2 LA Dominica; arts. 5 y 6 LA Ecuador; art. 12 LA Egipto; art. 203.3 CPC Emiratos Árabes Unidos; art. 29 LA El Salvador; art. 4 LA Eslovaquia; art. 10 LA Eslovenia; art. 9 LA España; sec. 6ª LAU EE.UU.; art. 2 FAA EE.UU.¹⁶; art. 719 CPC Estonia; art. 315.1 CPC Etiopía; sec. 4 LA Filipinas; arts. 3 y 4 LA Finlandia; sec. 11 LADR Gambia; art. 1 LA Georgia; sec. 2 LADR Ghana; sec. 2 LA Granada; arts. 868 y 869 CPC Grecia; § 42A201 CPC Guam; art. 10 LA Guatemala; secc. 1 LA Guernsey; sec. 2 LA Guyana; arts. 957.1 y 158.2 CPC Haití; art. 38 LA Honduras; art. 8 LA Hungría; art. 7 LA India; art. 9 LA Indonesia; art. 5 LA Inglaterra; art. 7 LACI Irán; art. 252 CPC Iraq; art. 2.1 b) LA Irlanda (opción I del art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI); art. 3 LA Islandia; art. 4 LA Islas Caimán; §§ 302 y 304 LA Islas Marshall; art. 1 LA Israel; art. 807 CPC Italia; art. 2 LA Jamaica; art. 13 LA Japón; sec. 1 LA Jersey; art. 10 LA Jordania; art. 9 LA Kazajstán; art. 4 LA Kenia; art. 7.2 LA Kirguistán; sec. 2 LA Kiribati; art. 6.1 LA Kosovo; art. 173 CPC Kuwait; art. 18 LADR Laos; sec. 2 LA Lesoto; sec. 12 LA Letonia; art. 763 CPC Líbano; § 7.4 CCom Liberia; art. 742 CPC Libia; § 600 CPC Liechtenstein; art. 10.2 LAC Lituania; art. 1226 CPC Luxemburgo; art. 7 LACI Macedonia; arts. 440.2 y 453.2 CPC Madagascar; sec.

¹⁵ Esta función es particularmente relevante en sistemas como el Derecho inglés, en que el Derecho escrito (*default rules*) no es la regla del *common law*, por lo que la aplicación de la LA Inglaterra, y no la validez del acuerdo arbitral, es lo que requiere la redacción del acuerdo por escrito (*vid.* N. Andrews, *Arbitration and Contract Law (Common Law Perspectives)*, Springer, 2016, pp. 24-245). Así ha sido enfatizada la función "canalizadora" por T. Landau y S. Moolan, "Article II and the Requirement of Form", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May Ltd., 2008, p. 220. *Vid.* también A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration. A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, US and West German Law*, Zúrich, Publication de l'Institut Suisse de Droit Comparé, 1989, pp. 75 ss.

¹⁶ En EE.UU. las reglamentaciones estatales no pueden introducir condiciones que restrinjan el canon federal favorable a la validez de los acuerdos arbitrales. *Vid.* Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de los EE. UU. de 15 de mayo de 2017 (*Revue de l'arbitrage*, 2017, p. 1.003).

9.3 LA Malasia; art. 2 LA Malawi; sec. 2 LA Malta; art. 313 CPC Marruecos¹⁷; art. 4 LA Mauricio; art. 6 CA Mauritania; art. 1423 CC México; art. 7 LACI Moldavia; art. 11 LA Mongolia; art. 9 LA Montenegro; art. 10 LA Mozambique; art. 10 LA Myanmar; art. 1 LA Namibia; art. 2 LA Nepal; art. 27 LA Nicaragua; art. 1 LA Nigeria; art. 1 LA Niue; art. 12 LA Omán; art. 1021 CPC Países Bajos; art. 2 LA Paquistán; art. 5 LA Palestina; art. 16 LA Panamá; art. 1 LA Papúa Guinea; art. 10 LA Paraguay; art. 13 LA Perú; art. 1162 CPC Polonia; art. 2 LA Portugal; § 3 LA República Checa; art. 10 LAC República Dominicana; art. 9 LAC Ruanda; art. 548 CPC Rumanía; art. 7 LAI Rusia; art. 2 LA Samoa; art. 32 LA Inglesa de 1950 incorporada por el art. 2 Ch. 3.01 LA San Cristóbal y Nieves; art. 2.2 LA San Marino; art. 2 LA San Vicente y Granadinas; art. 2 LA Santo Tomé y Príncipe; art. 2 LA Santa Lucía; art. 12 LA Serbia; art. 111 CCom Seychelles; sec. 2 LA Sierra Leona; sec. 2A LA Singapur; art. 8 LA Siria; art. 318 CPC Somalia; art. 3 LA Sri Lanka; art. 1 LA Sudáfrica; art. 8 LA Sudán; art. 178.1 LFDIP Suiza; art. 2 LA Suazilandia; sec. 11 LA Tailandia; art. 1 LA Taiwán; sec. 2 LA Tanzania; art. 6 LA Tayikistán; art. 2 LA Trinidad y Tobago; art. 6 CA Túnez; art. 4 LAI Turquía; art. JKL2 LA Tuvalu; art. 7 LACI Ucrania; art. 3 LA Uganda; art. 7.3 LACI Uruguay; art. 12 LA Uzbekistán; art. 6 LAC Venezuela; art. 16.2 LA Vietnam; art. 15 LA Yemen; art. 2 LAI Yibuti; art. 7 LA Zimbabue.

En el ámbito de la contratación internacional rige con carácter general, al igual que en el Derecho contractual interno, un principio de libertad de forma. En consecuencia, un contrato internacional puede ser celebrado válidamente de forma verbal o no escrita. Sin embargo, dicho acuerdo verbal no puede contener una cláusula compromisoria válida, que siempre debería ser redactada por escrito. En consecuencia, el acuerdo arbitral relativo a un contrato informal únicamente puede alcanzarse fuera del contrato. Resulta útil a este respecto acotar cuándo se entiende concretamente que un acuerdo arbitral se ha alcanzado por escrito.

10. El acuerdo es escrito no solo cuando consta en un documento contractual o independiente del contrato que ha sido firmado por ambas partes, sino cuando las declaraciones de las partes se materializan en un soporte escrito¹⁸ o en un soporte electrónico susceptible de reproducirse por escrito (Opción I, art. 7.4 LMU).

11. En la LMU se admite también cumplida la condición aunque el acuerdo arbitral sea tácito, al haberse celebrado verbalmente, mediante la ejecución de determinados actos o por cualquier otro medio, "siempre que quede constancia de su contenido en cualquier forma". La fórmula empleada por la Opción I del art. 7.3 LMU resulta muy poco clara y ha sido omitida en muchos sistemas jurídicos que siguen la LMU: la constancia "en cualquier forma", esto es, que no sea escrita, de un acuerdo verbal o tácito, no se distingue muy bien de la pura eficacia de un acuerdo arbitral no escrito¹⁹. Finalmente, la exigencia de escrito únicamente sirve para facilitar la prueba de un acuerdo. La constancia de un acuerdo verbal puede probarse por otros medios, y en tal caso un simple testimonio podría ser una forma de prueba o de constancia no escrita de un

¹⁷ Se ha mantenido que esta exigencia no es extensible en Marruecos en caso de arbitraje comercial internacional: *vid.* S. Huerbi, "Arbitration in North Africa: An Overview", "The Southern African Development Community and the UNCITRAL Model Law", *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2013, p. 257.

¹⁸ Los textos legales se refieren a cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor.

¹⁹ *Vid.* T. Landau, "The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement: When 'Written' Means 'Oral'", *ICCA International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 19 ss.

acuerdo verbal. Otra cosa sería que se admita como "escrito" una declaración o constancia escrita de un acuerdo verbal o tácito, aunque haya sido formulada unilateralmente, pero tal no parece ser el tenor literal del artículo 7.3º LMU. En realidad, la cuestión estriba en determinar en qué casos la exigencia de escrito implica una solemnidad o condición de validez del acuerdo de arbitraje (*ad ex.* art. 7 LMU; art. 807 CPC Italia; § 1031.1 CPC Alemania; § 583.1 CPC Austria; art. 178 LFDIP Suiza), y cuando una mera exigencia formal *ad probationem* (*ad ex.* art. 9 LA España; art. 1021 CPC Países Bajos), en cuyo caso es posible una aceptación tácita²⁰.

Con más sentido, la equivalencia con la exigencia del escrito de una confirmación o constancia en forma escrita es, sin embargo, palpable en el supuesto de acuerdo arbitral tácito contemplado en la Opción I, artículo 7.5 LMU: "Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra". Ciertamente, en este supuesto existe una constancia escrita, en los escritos de demanda y contestación, de que las partes han aceptado un acuerdo de arbitraje.

El problema se plantea a menudo en relación con el intercambio de documentos en una relación contractual, si la sujeción al arbitraje solo consta por escrito en uno de los documentos enviados por una parte, aunque la otra procede a ejecutar el contrato. La cuestión consiste en determinar si existe una aceptación tácita de un acuerdo arbitral que consta ofertado por escrito, y en este sentido guarda relación asimismo con la hipótesis que será analizada a continuación. En la práctica, una aproximación contractual ampara la jurisprudencia que se ha mostrado restrictiva acerca de la eficacia de este acuerdo arbitral. La mayoría de los sistemas jurídicos contemplan la posibilidad de una aceptación tácita de una oferta contractual. Pero el principio de autonomía y separación del acuerdo de arbitraje implica que un acto expresivo de la ejecución de un contrato implica aceptación del contrato, pero no necesariamente del acuerdo de arbitraje, para lo cual se necesitaría un acto tácito específico de aceptación de este pacto autónomo a través, por ejemplo, de la interposición de una demanda arbitral.

Pueden hallarse precedentes de esta postura restrictiva en la jurisprudencia italiana (sents. *Corte di Cassazione* núm. 4167 de 18 de septiembre de 1978²¹ y núm. 10704/93 de 28 de octubre de 1993²²), alemana (sent. *Landsgericht* Múnich de 20 de junio de 1978)²³ o en Hong Kong (*Small v. Goldroyce*)²⁴. En algunos casos, la jurisprudencia norteamericana ha seguido una interpretación más flexible: *Sphere Drake Insurance c Marine Towing*²⁵, como la española (Auto T.S. de 28 de marzo de 2000)²⁶.

²⁰ Vid. D. Girsberger y N. Voser, *International Arbitration (Comparative and Swiss Perspectives)*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 67.

²¹ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. IV, 1979, p. 660.

²² *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XX, 1995, p. 739.

²³ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. V, 1980, p. 261.

²⁴ (1994) 2 HKC 526.

²⁵ 16 F 3d 666 (5th Cir. 1994).

²⁶ RCEA, 2000/2001, pp. 267-268. Vid. M. Gómez Jene, "Art. 9", *Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 86-87.

12. Poco tiene que ver con la determinación formal del carácter escrito del acuerdo de arbitraje la posibilidad de que la cláusula compromisoria o el acuerdo de arbitraje puedan ser incorporados por referencia (Opción I, art. 7.6º LMU). En este caso, la cláusula compromisoria no consta expresamente en el contrato, sino que se incorpora a él por referencia a un documento, generalmente un formulario de condiciones generales, en que se contiene una cláusula compromisoria. En tal hipótesis, es obvio que la cláusula compromisoria consta por escrito en un documento.

La sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 9 de noviembre de 1993, en el asunto *Bomar Oil*²⁷ ya había sintetizado las condiciones para que una cláusula compromisoria incluida en unas condiciones generales de la contratación fuera válida formalmente: basta con que el contrato principal haya incluido una referencia a dichas condiciones generales (*relatio imperfecta*)²⁸, que dicho documento o formulario sea accesible por la otra parte en el momento de contratar de forma que pudiera conocer su contenido, y que no haya formulado entonces objeción alguna a la incorporación de dicha cláusula. La misma doctrina en España se ha mantenido desde la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1986²⁹. En términos parecidos, el artículo 4.II LA Colombia establece que "[l]a cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere". La misma limitación se observa en el art. 5.II LA Ecuador, si bien esta regla debe entenderse referida, propiamente, a compromisos arbitrales que se pactan al margen del contrato. En el caso de las incorporaciones por referencia, la cláusula compromisoria consta en un documento separado, pero se pacta en el propio contrato, aunque por referencia. El art. 33 LA Honduras establece asimismo la presunción *iuris tantum* de la validez formal de la cláusula compromisorias en condiciones generales, y *iuris et de iure* si la cláusula es objeto de conocimiento público mediante la adecuada publicidad. En el Derecho norteamericano, igualmente, son mayoría de las decisiones que admiten una *relatio imperfecta*³⁰.

Algunos sistemas son más exigentes con la necesidad de una referencia expresa a la cláusula compromisoria contenida en las condiciones generales (*relatio perfecta*). Dicha referencia ha sido requerida en asuntos como *Trygg Hansa Insurance v Equitas*³¹ o *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri v Sometal Sal*³², en Inglaterra, o ha sido requerida por la sent. de la Corte Suprema italiana de 19 de mayo de 2009, que invoca el laudo arbitral de la Corte de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán núm. 1115/16 de 10 de diciembre de 2015³³. Del mismo modo, el artículo 10.3 LA Guatemala establece que "[s]i el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros

²⁷ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XX, 1995, p. 660.

²⁸ Vid. D. Di Pietro, "Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May Ltd, 2008, p. 357.

²⁹ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XIII, 1988, p. 512.

³⁰ Vid. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2014, pp. 823-826.

³¹ QB (Com) (1998) 2 Lloyd's Rep. 439.

³² (2010) EWHC 29 (Comm).

³³ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLI, 2016, pp. 303-329. Vid. M. Rubino-Sammartano, *Arbitrage international. Droit et pratique*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 2019, p. 254.

y precisos, la siguiente advertencia: 'ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE'. El art. 15 LA Perú especifica: "1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria. 2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos: a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes. b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes. c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes".

La cuestión que afecta a las cláusulas contenidas en formularios o condiciones generales de la contratación suscita esencialmente una cuestión de validez sustancial, esto es, de conformación válida del consentimiento expresado por adhesión en la contratación estandarizada, por lo que será abordada en el epígrafe siguiente.

13. Frente a la solución tradicional, que exige una plasmación por escrito del acuerdo arbitral, la tendencia actual consiste simplemente en extender a la cláusula compromisoria el principio de libertad formal que caracteriza al Derecho contractual general. En 2006, la LMU introdujo esta Opción II en su artículo 7: "El 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no".

Este principio de libertad de forma puede inferirse en aquellos sistemas en que la Ley no exige el acuerdo escrito como condición de validez del acuerdo arbitral, como ocurre en las leyes arbitrales escocesa³⁴, belga (art. 1681 CJ)³⁵, sueca³⁶ y puertorriqueña. Otras legislaciones contemplan el principio de libertad formal del acuerdo arbitral de forma más explícita o incorporando directamente la Opción II de la LMU (art. 63.1 LA Andorra (solo para el internacional); art. 1507 CPC Francia (solo para el arbitraje internacional); arts. 6-9 LA Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 7 LA Islas Cook (que permite el acuerdo oral o escrito); § 10 LA Noruega; sec. 11y sec. 7 Schedule 1 LA Nueva Zelanda (que permite el acuerdo oral, además del escrito, con excepción del arbitraje de consumo); art. 7 LACI Canadá; art. 3 del Acta Uniforme de la OHADA aplicable en Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Senegal, y Togo; art. 2 LA Zambia³⁷.

³⁴ Vid. acerca de esta sensible diferencia de la legislación escocesa respecto de la Ley inglesa, Hong-Ling Yu, *Commercial Arbitration (The Scottish and International Perspectives)*, Dundee University Press, 2011, pp 1-42.

³⁵ Vid. M. Piers, "Article 1681", *Arbitration in Belgium (A Practitioner's Guide)*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 83-84.

³⁶ N. Widjeskog, "§ 17: International Arbitration in Sweden", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 600-601.

³⁷ Vid. Sobre este sistema L. Bosman, "The Southern African Development Community and the UNCITRAL Model Law", *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2013, p. 7.

La solución basada en el principio de libertad de forma parece preferible y más clara que la exigencia tradicional para el arbitraje comercial internacional³⁸. Los árbitros tienen competencia para decidir acerca de la validez formal del acuerdo arbitral. Su redacción o confirmación por escrito facilita la prueba de la existencia de dicho acuerdo, pero finalmente de lo que se trata, como en cualquier obligación contractual, es que exista una prueba fehaciente, apreciada conforme a las circunstancias y a las reglas de la sana crítica, de que ambas partes acordaron la sumisión de sus controversias a una solución arbitral.

Esta aproximación contractual es patente, por ejemplo, en el artículo 3326 CC de Eritrea, que hace depender la validez formal del acuerdo arbitral de las condiciones de forma requeridas para el objeto del contrato o relación jurídica en particular. Si el objeto de la relación jurídica se somete a una determinada exigencia formal, ya sea el escrito o incluso un documento público, el acuerdo arbitral debe atenerse a la misma condición de forma. Esta aproximación, sin embargo, no parece aconsejable. El hecho de que se admita la libertad de forma para el acuerdo arbitral, en razón de su especificidad contractual, poco tiene que ver con una extensión del régimen de validez formal de la relación litigiosa al propio acuerdo arbitral, que vulnera el principio básico de autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral.

14. En el polo opuesto de las soluciones de libertad formal, favorable a la eficacia de las cláusulas compromisorias, deben situarse los sistemas que no reconocen a la cláusula compromisoria, incluso redactada por escrito, efectos positivos directos para someter la controversia al arbitraje. La distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral formalizado se mantiene en el artículo 7 de la Ley de Arbitraje brasileña para los supuestos en que una de las partes se niega a acudir a la solución arbitral, facultando la formalización judicial del compromiso arbitral³⁹.

Hasta su reciente reforma, la regulación contenida en el Código General del Proceso en Uruguay (arts. 477 y 478) fue paradigmática de esta distinción, en la medida en que la formalización de la cláusula compromisoria en un compromiso arbitral consignado en escritura pública o ante autoridad judicial era imperativa so pena de nulidad del compromiso y, por tanto, de ineficacia de la cláusula. Esta exigencia constituía, obviamente, un anacronismo que lastraba las posibilidades del Estado en cuestión en erigirse como sede de arbitrajes comerciales internacionales⁴⁰.

2. VALIDEZ SUSTANCIAL

³⁸ Vid. N. Kaplan, "Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Out of Step with Commercial Practice?", *12 Arbitration International*, 1996, p. 27 ss. Para un debate sobre la superación de la exigencia por escrito del acuerdo de arbitraje, vid. G. Aguilar Alvarez, "Article II(2) of the New York Convention and the Courts", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series nº 9, Kluwer Law International, 1999, pp. 67-81; G. Herrmann, "The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts", *ICCA Congress Series*, núm. 6, 1993, p. 45 ss.; P. Sanders, *Quo Vadis Arbitration?*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 157 ss.; M. Blessing, "The Law Applicable to the Arbitration Clause", *ICAA Congress Series*, núm. 9, París, 1999, pp. 168-188.

³⁹ Vid. N. Lousa y R. Galvão Silva, "International Arbitration in Brazil", *International Commercial Arbitration (ed. S. Balthasar)*, Múnich, CH Beck, 2016, pp. 250-251.

⁴⁰ Vid. J. C. Fernández Rozas, *Tratado... op.cit.*, p. 494; R. Santos Belandro, "La formalidad del acuerdo de arbitraje en los Derechos latinoamericanos", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 15, 2004, pp. 81-91.

A) Incapacidad

15. La capacidad de personas físicas y jurídicas para celebrar un acuerdo de arbitraje sigue las reglas generales de la capacidad para contratar, como prevén expresamente algunas legislaciones [*ad ex.*, art. 803.3 CPC Italia; art. 1676.2 (1) CJ Bélgica]. En la práctica, los problemas se suelen plantear en caso de defectos en la representación legal o voluntaria de las personas jurídicas, si bien la práctica arbitral suele ser reacia a negar la falta de mandato de los directivos o trabajadores de una persona jurídica que llevan a cabo la negociación y suscripción de una cláusula compromisoria⁴¹.

16. La falta de capacidad o limitaciones legales impuestas a los entes públicos para suscribir acuerdos de arbitraje, regidos obviamente por la ley del Estado al que el ente público pertenece, se engloban asimismo en el concepto de “arbitrabilidad subjetiva”. Esta cuestión será objeto de un estudio específico en esta obra. Por lo que aquí respecta, baste señalar que algunas legislaciones prevén específicamente esta limitación (*ad ex.* artículo 1.3 LA Angola; artículo 10.2 LA Arabia Saudí; artículo 42 LA Ecuador; artículo 315.2 CPC Etiopía; artículos 310 y 311 CPC Marruecos). El riesgo de abuso o deslealtad, característicos de la invocación del propio ente público de su incapacidad con el fin de escapar de una controversia arbitral fundada en el acuerdo arbitral que ha suscrito, justifica la regla material especial contenida en el art. II CG, que presume la validez de los acuerdos arbitrales suscritos por entes públicos, a menos que los Estados parte hayan realizado la correspondiente declaración. Unilateralmente, otras legislaciones (*ad ex.* artículo 177.2 LFDIP Suiza, artículo 2.2º LA España o artículo 2.II Acta Uniforme OHADA) establecen que el ente público no puede invocar su propio Derecho para alegar la no arbitrabilidad de la controversia, su falta de capacidad o la nulidad del acuerdo arbitral.

A un resultado similar llegan a mayoría de sistemas en su jurisprudencia, incluso en países como Marruecos, que contienen dicha limitación (sentencia de la Corte de Apelación de Casablanca de 21 de junio de 1983⁴²). Por ejemplo: EE. UU. (*Buques Centroamericanos SA v Refinadora Costarricense de Petróleo SA*, 1989⁴³), Inglaterra (*Gatoil International Inc v National Iranian Oil*, QB 1988)⁴⁴, Francia (sentencia de la *Cour de Cassation* de 2 de mayo de 1966, asunto Galakis⁴⁵; dictamen del Consejo de Estado de 6 de marzo de 1986 sobre el contrato *Walt Disney*⁴⁶; sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 17 de diciembre de 1991 en el asunto *Gatoil*⁴⁷; sentencia del Tribunal de Conflictos de 17 de mayo de 2010, asunto *Inserme*⁴⁸; sentencia del Consejo de Estado de 19 de abril de 2013⁴⁹), Italia (Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 9 de mayo de

⁴¹ Vid. más en detalle A.M. Steingruber, *op.cit.*, pp. 32-33.

⁴² *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI, 1996, p. 637.

⁴³ 1989 US District LEXIS 5429 (SDNY 1989).

⁴⁴ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVII, 1992, p. 587.

⁴⁵ *Revue de l'arbitrage*, 1966, p. 99.

⁴⁶ N. 339710, EDCE 1987, n 38, p. 178.

⁴⁷ *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 281.

⁴⁸ Núm. 3154, P. 580.

⁴⁹ Núm. 352750 (ECLI:FR:XX:2013:352750.20130419); *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 761, nota de M. Laazouzi.

1996)⁵⁰, Grecia (sentencia 3894 de la Corte de Apelación de Atenas de 1976)⁵¹, Egipto (sentencia de la Corte de Apelación de El Cairo de 21 de junio de 1983)⁵² o Túnez (sentencia del tribunal de primera instancia de Túnez de 17 de octubre de 1987)⁵³. En ocasiones, sin embargo, la legislación interna ha servido para decretar la ineficacia del acuerdo de arbitraje en el país de la sede el ente público⁵⁴. Con todo, como acredita la Resolución del IDI de 12 de septiembre de 1989, la solución incorporada en las leyes suiza y española viene a reflejar un principio general del Derecho internacional, que puede ampararse ya sea en la restricción de la incapacidad al las relaciones jurídicas internas, ya sea en las exigencias del orden público internacional o en el principio universal del *estoppel* o la doctrina de los actos propios⁵⁵.

17. Cuestión distinta a la falta de capacidad es la determinación subjetiva de las partes del acuerdo arbitral y el alcance del efecto positivo del acuerdo arbitral. La cláusula compromisoria produce, en primer lugar, un efecto positivo, en la medida en que atribuye a las partes el derecho a acudir a la solución arbitral para resolver la controversia⁵⁶. Este efecto positivo es sinónimo de "legitimación" para poner en marcha la solución arbitral. La cuestión esencial a este respecto consiste en determinar quiénes son, en realidad, las partes del acuerdo arbitral. Esta cuestión puede resultar compleja en el caso de cláusulas compromisorias en favor de terceros, insertas en diversos contratos y vinculadas entre sí, o en caso de grupos de sociedades⁵⁷, donde la condición de parte puede depender del levantamiento del velo corporativo, la implicación de una determinada sociedad en la ejecución del contrato en el que se inserta la cláusula, o la consideración de la voluntad tácita de sumisión a un acuerdo arbitral. También la delimitación subjetiva puede afectar a la condición de parte del Estado y, en consecuencia, al efecto positivo de la cláusula compromisoria, en virtud de cláusulas compromisorias suscritas por empresas públicas. En estos supuestos, la doctrina del *alter ego*⁵⁸ o la "*théorie de l'émanation*" invitan a analizar el grado de control y dependencia de la empresa pública por parte del Estado para extender los efectos positivos de la cláusula compromisoria. El análisis de estas cuestiones, así como la extensión de los efectos del acuerdo arbitral a terceros, corresponde a otro capítulo de esta obra.

B) Cláusulas compromisorias no negociadas individualmente

⁵⁰ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXII, 1997, p. 737.

⁵¹ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XIV, 1989, p. 634.

⁵² *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 283.

⁵³ *Revue de l'arbitrage*, 1988, p. 372.

⁵⁴ *Vid.* respecto de la jurisprudencia norteamericana G. B. Born, *op-cit.*, p. 631.

⁵⁵ *Vid.* A. M. Steingruber, *op.cit.*, pp. 39-40.

⁵⁶ El artículo 17 LA Panamá describe este efecto como "sustantivo", frente al efecto negativo, denominado "procesal".

⁵⁷ *Vid.* H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 2001.

⁵⁸ *Vid.* sentencia del Tribunal Federal suizo de 19 de julio de 1988 en el asunto *Westland* (*Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 525; *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVI, 1991, p. 180).

18. Como se ha señalado, las cláusulas compromisorias contenidas en condiciones generales de la contratación son válidas desde el punto de vista formal, en la medida en que si se redacta por escrito de forma clara, es obvio que el acuerdo arbitral es una cláusula compromisoria que forma parte del contrato, y evidente el hecho de que está redactada por escrito.

Desde el punto de vista de la validez sustancial, la cuestión consiste en determinar si la incorporación por referencia al contrato es clara y, en particular, si una cláusula compromisoria puede formar parte de unas condiciones generales sin haber sido negociada individualmente. El hecho de que la cláusula sea formalmente válida no impide que dicha práctica pueda conducir a la invalidez de la cláusula cuando se trata de un contrato de adhesión.

La ley de Arbitraje brasileña es ejemplar a la hora de mostrar esta distinción. Por una parte, el art. 4.1º LA Brasil reconoce que la cláusula compromisoria puede resultar incorporada al contrato por referencia. Sin embargo, su art. 4.2º limita la eficacia sustancial de esta referencia cuando se trata de contratos de adhesión, de la misma forma que si se incluyera específicamente en el cuerpo del contrato. Lo fundamental, pues, no es que la cláusula compromisoria figure por escrito, en el contrato o en un formulario de condiciones generales de la contratación, sino el hecho de si ha sido o no negociada individualmente. Si no lo ha sido, la cláusula solo es válida si la invoca el adherente o si acepta expresamente dicha cláusula por escrito en documento anexo o con texto en negrita, con aceptación específica de dicha cláusula⁵⁹. El artículo 26 LA El Salvador admite las cláusulas compromisorias en contratos de adhesión en tanto hayan sido conocidos o debían conocerse por la contraparte y su manifestación de voluntad de someterse al arbitraje se hiciere en forma expresa e independiente, y añade a continuación algunas presunciones *iuris tantum* de dicho conocimiento. El artículo 6 LA Venezuela admite asimismo la incorporación por referencia de una cláusula compromisoria, pero prohíbe dicha referencia realizada en formularios o condiciones generales cuando se trata de un contrato de adhesión, pues requiere que la cláusula sea negociada individualmente: "En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente"⁶⁰. En cualquier caso, al margen de estas disposiciones específicas, con carácter general las cláusulas compromisorias, como cualquier otra obligación contractual no negociada individualmente, deberá cumplir las condiciones de validez (incorporación; carácter legible, comprensible, equilibrado y no sorpresivo; no abusividad, compatibilidad con normas de orden público) a las que se someten las condiciones generales de los contratos en cada legislación nacional. El art. 9.2º LA España especifica asimismo la sujeción de una cláusula compromisoria en un contrato de adhesión a las reglas generales que regulan y limitan la eficacia de las cláusulas no negociadas, lo que implica una remisión a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Una solución por remisión a las reglas generales en materia de contratos de adhesión se encuentra asimismo en otros sistemas⁶¹. La cuestión se encuentra asimismo abordada por la jurisprudencia de la

⁵⁹ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur de 22 de agosto de 2001, *cit.* por J. C. Fernández Rozas, *Tratado...*, *op.cit.*, p. 667.

⁶⁰ Efectos semejantes se desprenden de la jurisprudencia panameña (sentencia del Peno de la Corte Suprema de 29 de octubre de 1992).

⁶¹ En Bélgica, *vid.* las referencias de M. Piers, C. Vanllenhove y D. De Meulemeester, "§ 5: International Arbitration in Belgium", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH

mayoría de los sistemas, con sumas variantes, pero generalmente exigiendo la accesibilidad a las condiciones generales con mayor o menor rigor⁶².

La protección del adherente se traduce, en consecuencia, en exigencias de validez formal adicionales, que son indisociables de la validez sustancial de la cláusula. Se trata, en este caso, de formas *ad solemnitatem*. Las restricciones a la validez de los acuerdos arbitrales contenidos en condiciones generales apuntan a mantener la integridad del consentimiento de las partes. El principio general consiste en interpretar, a la luz del caso concreto, que las partes eran conscientes de dicho acuerdo. Por ello, la incorporación por referencia "perfecta", en que la mención a la cláusula arbitral contenida en las condiciones generales es específica en la parte del contrato negociada individualmente, plantea muchos menos problemas⁶³ que la referencia imperfecta, por la mera incorporación del formulario de condiciones generales⁶⁴. Es preciso, en este último caso, tener en consideración las circunstancias de las partes, el grado de especialización del sector comercial y, por supuesto, los usos habituales en dicho comercio⁶⁵. No cabe duda de que un sector especializado, como el del transporte de petróleo, parece que exige a los operadores cierta familiaridad con las cláusulas estandarizadas de los *charter-parties*, como argumentó la sentencia del Tribunal Federal suizo de 7 de febrero de 1984 en el asunto "*Tradax v Amoco*".⁶⁶

C) Vicios del consentimiento

Beck, 2016, p. 223, nota 38^a; M. Piers, "Article 1681", *Arbitration in Belgium (A Practitioner's Guide)*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 84-86. En Alemania, M. S. Rieder y R. Kreindler, "The arbitration agreement", *Commercial Arbitration in Germany*, Oxford University Press, 2016, pp. 61-64.

⁶² Vid. las reflexiones comparativas de V. Van Houtte, "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", *Arbitration International*, vol. 16/1, 2000, pp. 1-18. En relación con las exigencias formales del CNY vid. las referencias de D. Solomon, "§ 2: International Commercial Arbitration: The New York Convention", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 81-82.

⁶³ Sentencia de la *Cour de Cassation (1 Ch. civ)* de 11 de octubre de 1989 (*Bomar Oil*), *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 134, nota de C. Kessedjian; sent. OG Basilea de 5 de julio de 1994 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI (1996), p. 685; *The "Rena K"*, (1978) 1 Lloyd's Rep. p. 545.

⁶⁴ Un interesante tratamiento de las distintas opciones vinculadas a la referencia perfecta o imperfecta en condiciones generales se encuentra en el Laudo CCI núm. 7211 de 24 de septiembre de 2013 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIX, 2014, p. 263).

⁶⁵ En el Derecho suizo, a la incorporación por referencia imperfecta se le suele aplicar la llamada regla de la cláusula inusual o no habitual, que exige analizar la compatibilidad de la cláusula arbitral con lo que es usual o predecible en el comercio internacional (vid. D. Girsberger y N. Voser, *op.cit.*, p. 95). En Francia, la sentencia *Bomar Oil* viene a admitir la referencia imperfecta "si existen entre las partes relaciones comerciales habituales que les garantizan un perfecto conocimiento de las estipulaciones escritas que rigen habitualmente sus relaciones comerciales"; no obstante, la jurisprudencia posterior viene a atenuar tal exigencia, permitiendo la aceptación tácita de las condiciones generales accesibles: sentencia de la *Cour de Cassation* de 20 de diciembre de 1994 (*Bomar Oil II*, *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 108); sentencia de la *Cour de Cassation* de 3 de junio de 1997 (*Prolexport*, *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 537).

⁶⁶ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XI, 1986, p. 532. Sobre la eficacia de las cláusulas de arbitraje incorporadas en conocimientos de embarque y el peso de la práctica comercial a la luz especialmente de la jurisprudencia inglesa, vid. S. Allison y K. Dharmananda, "Incorporating Arbitration Clauses: The Sacrifice of Consistency at the Altar of Experience", *Arbitration International*, vol. 30/2, 2014, pp. 265-282.

19. Al margen de las condiciones formales, como cualquier obligación el acuerdo arbitral exige la concurrencia de oferta y aceptación. El principio de separabilidad del acuerdo arbitral no impide que las causas de inexistencia o nulidad del contrato puedan extenderse a la cláusula arbitral incluida en él. En primer lugar, la cláusula puede verse afectada por el hecho de que no se incluya en un auténtico contrato, sino en una carta de intención⁶⁷ sin fuerza vinculante o en un documento que incluya una cláusula de negación del contrato. En estos casos, la cláusula arbitral será inexistente, al igual que el contrato, pero finalmente se trata de una cuestión interpretativa que deberá analizarse caso por caso.

20. Como cualquier acuerdo, el convenio arbitral se expone a un consentimiento viciado por dolo, error, violencia, intimidación, fraude, excesiva desproporción, influencia indebida, etc.⁶⁸ Algunas legislaciones, como el artículo 17.3 LA China, se refieren específicamente solo a alguno de estos vicios (coerción o intimidación), lo cual es contraproducente, pues no puede descartarse que la cláusula sea nula en virtud de otros defectos, como el error o el dolo. En otros sistemas, como el estadounidense, el recurso a figuras como la *unconscionability* ha servido para limitar la validez de las cláusulas asimétricas o unilaterales⁶⁹.

21. En efecto, además de la sujeción del compromiso arbitral a los vicios característicos que pueden afectar a cualquier obligación contractual, la nulidad puede venir dada por el desequilibrio contractual introducido en el acuerdo de arbitraje, a través de cláusulas asimétricas, unilaterales o potestativas.

En el arbitraje comercial internacional, estas cláusulas suelen ser admitidas en determinadas circunstancias, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje interno⁷⁰. Han sido expresamente avaladas, siempre bajo ciertas condiciones que garanticen la razonabilidad de la asimetría, en la jurisprudencia de países como Alemania⁷¹,

⁶⁷ Vid. sobre esta cuestión C. Muller y O. Riske, "La convention d'arbitrage par lettre d'intention en droits suisse et français", *International Business Law Journal*, 2013, pp. 191-216.

⁶⁸ Un ejemplo interesante se encuentra en la doctrina de la excesiva desproporción invocada por la jurisprudencia alemana para anular acuerdos arbitrales a favor de la sede del franquiciante o del principal en el contrato de agencia [vid. K. Thorn y W. Grenz, "The Effect of Overriding Mandatory Rules on the Arbitration Agreement", *Conflict of Laws in International Arbitration* (Franco Ferrari, Stefan Kröll eds.), Múnich, Sellier, 2011, pp. 189-198].

⁶⁹ Vid. F. Ferrari y F. Rosenfeld, "Límites a la autonomía de las partes en el arbitraje internacional", *Arbitraje*, vol. X. 2017/2, pp. 341-343.

⁷⁰ Vid. K. Youssef, *Consent in Context: Fulfilling the Promise of International Arbitration, Multiparty, Multy-Contract and Non-Contract Arbitration*, Nueva York, Thomson-Reuters, 2011, p. 67; C. Van Zelst, "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context", *Maastricht Law Journal*, vol. 33/4, 2016, pp. 365-378; C. R. Drahozal, "Unfair Arbitration Clauses", *University of Illinois L. Rev.*, 2001, pp. 695-790; S. Nesbitt y H. Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, vol. 22/1, 2006, pp. 133-149.

⁷¹ Sentencia BGH de 24 de septiembre de 1998, *ZIP*, 1998, p. 2065 con nota de S. Kröll; sentencia OLG Bremen de 28 de junio de 2006, *SchiedsVZ*, 2007, pp. 51-52.

Australia⁷², Francia⁷³, Inglaterra⁷⁴ o EE.UU.⁷⁵, aunque consideradas nulas en otros sistemas, como el ruso⁷⁶. No obstante, debe ponderarse la posibilidad de que, según su redacción o proceso de formación, puedan resultar contrarias a criterios de orden público internacional. Así, el art. 112 CCom Seychelles decreta la nulidad del acuerdo arbitral que proporcione a una de las partes una posición privilegiada en la determinación de los árbitros.

D) Insuficiencia o indeterminación del objeto: cláusulas patológicas

22. Más allá de la arbitrabilidad, la insuficiencia o imprecisión del objeto del acuerdo tiene mucho que ver con las llamadas "cláusulas patológicas"⁷⁷. Es posible que no se discuta sobre la arbitrabilidad de la controversia, ni sobre la validez formal de la cláusula compromisoria ni sobre la libertad y claridad del consentimiento prestado por las partes. Pero la cláusula puede resultar ineficaz por la imperfección en la definición del objeto. En suma, se trata de aplicar un principio del Derecho contractual que exige que el objeto del contrato sea determinado o determinable, al menos en sus aspectos básicos y esenciales.

La patología de las cláusulas compromisorias en este sentido es muy variable: elección de normas derogadas, dudas sobre el carácter obligatorio o facultativo de la solución arbitral, concurrencia con cláusulas de elección de fuero, previsión de recursos judiciales contra el laudo, cláusulas híbridas o imprecisión de la institución arbitral o del reglamento elegido, procedimientos ineficaces de designación de árbitros, elección de reglas de procedimiento impracticables, etc.

Algunas legislaciones prevén la nulidad del acuerdo de arbitraje que no determina debidamente el objeto de la controversia o el marco de relaciones jurídicas que se sitúan en su alcance [*ad ex.* artículo 4 c) y d) LA Angola]. El artículo 18 LA China, prevé que los acuerdos de arbitraje con una formulación ambigua o patológica son nulos, a menos que las partes alcancen un acuerdo suplementario⁷⁸.

⁷² *PMT Partners Ltd v Australian National Parks & Wildlife Service*, High Court of Australia, 69 *Australian Law Journal and Reports*, 1995, pp. 829 ss.

⁷³ Sentencia *Cour de Cassation* (1 ch. civ.) de 15 de mayo de 1974, *Bull. Civ.*, nº. 143. También de la misma corte, sentencias de 26 de septiembre de 2012 y 25 de marzo de 2015 (nº. 415 – 13-27.264). En esta última, la cláusula asimétrica se consideró nula por no ser suficientemente precisa y predecible.

⁷⁴ *Lobb Partnership Ltd v Aintree Racecourse Company Ltd* (2000) BLR 65; *NB Three Shipping Ltd v Harbell Shipping Ltd* (2004) All ER (D) 152 (Oct).

⁷⁵ *Vid.* G. B. Born, *op.cit.*, pp. 866-870.

⁷⁶ *Vid.* K. Lukoyanov y V. Romanova, "§ 14: International Arbitration in the Russian Federation", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 520-521.

⁷⁷ Expresión acuñada por F. Eisemann, "La clause d'arbitrage pathologique", *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, Turín, Utet, 1974, p. 129 ss.

⁷⁸ La falta de designación del tribunal arbitral y la ausencia de un acuerdo complementario al respecto justifican la nulidad de la cláusula conforme a la jurisprudencia china, lo que implica *de facto*, la imposibilidad de arbitraje *ad hoc*: *vid.* Q. Xiong y Y. Shang, "§ 7: International Arbitration in China (People's Republic)", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 277-278; G. Pisacane, L. Murphy y C. Zhang, *Arbitration in China (Rules and Perspectives)*, Springer, 2016, pp. 8-9.

En la práctica, la indeterminación del objeto del arbitraje u otras patologías del acuerdo arbitral suscitan una cuestión básica de interpretación que se rige por los principios generales de interpretación de los contratos⁷⁹. Así, el principio de *favor negotii* o de conservación de las cláusulas contractuales aconseja escoger aquella interpretación que optimiza la eficacia de la cláusula o que permite mantener la validez de dos cláusulas contradictorias *in favorem validitatis*⁸⁰. De esta forma, una cláusula de elección de fuero y una cláusula compromisoria pueden considerarse eficaces si se interpreta que ambas son facultativas para las partes. Una regla de designación de árbitros impracticable puede considerarse nula sin anular el convenio arbitral, procediendo a establecer las reglas de designación de árbitros por vía de integración al contrato, por ejemplo a través de las soluciones subsidiarias de un reglamento institucional o de la ley de la sede⁸¹. En otros casos, las patologías pueden ser de tal envergadura que obliguen a considerar que la indeterminación del objeto del arbitraje o de la vía arbitral es tal que la cláusula deba considerarse nula o tenerse por no puesta. Tampoco conviene olvidar que, en algunos sistemas, la consideración del arbitraje como una excepción, y no un equivalente jurisdiccional, aboca a un principio de interpretación restrictiva que apunta al principio opuesto al *favor arbitrationis*⁸² que impera en buena parte de los sistemas arbitrales⁸³.

La Sentencia del TEDH núm. 1643/06 de 28 de octubre de 2010 (*Suda c. República Checa*) apunta más bien al principio de interpretación restrictiva en relación con el artículo 6 de la Convención Europea. Reconociendo la compatibilidad del arbitraje con dicho precepto, subraya como condición la necesidad de un control intenso de las existencias de un consentimiento libre, ilícito e "inequívoco": "el derecho a un tribunal reviste en efecto una máxima importancia en las sociedades democráticas como para

⁷⁹ Vid. G. B. Born, *op.cit.*, pp. 1320-1325. Dicha interpretación deberá hacerse conforme a los criterios propios de la ley aplicable al acuerdo arbitral. Vid. Por ejemplo Laudo CCI núm. 14667 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, p. 51).

⁸⁰ *Ad ex.* sent. OGH austriaco de 7 de mayo de 2013, 6 Ob 65/131; sent. *Cour de Cassation* (1 ch. civ.) de 20 de febrero de 2007, citada entre otros ejemplos por S. Balthasar y R. Ziadé, "§ 9: International Arbitration in France", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 362-363. En la jurisprudencia alemana conviven decisiones que integran cláusulas patológicas con designaciones fallidas de instituciones arbitrales con otras que anulan cláusulas que se refieren a dos instituciones arbitrales (*vid.* los casos reportados en S. Balthasar, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 386-387).

⁸¹ Vid. algunos ejemplos en la jurisprudencia belga citados por M. Piers, C. Vanllenhove y D. De Meulemeester, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 225.

⁸² Es el caso, por ejemplo, de la interpretación en India: *Union of India c D.N. Revir & Co.* (1976) 4 SCC 147; *Enercon GmbH & Anr*, Civil Appeal, N^o. 2086 de 29014, § 83, cit.por B. Steinbrück, "§ 12: International Arbitration in India", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 459, nota 79^a. La misma tendencia se observa en buena medida en la jurisprudencia en Latinoamérica (*vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado...*, *op.cit.*, pp. 611-619), pero también en países que son habitual sede de arbitrajes internacionales, como Suiza (*vid.* las referencias jurisprudenciales y reflexiones críticas de B. Berger y F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3^a ed., Berna, Stämpfli, 2015, pp. 163-164).

⁸³ En España, por ejemplo, *vid.* sent. TSJ Cataluña de 1 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2018:559) que se refiere a la prevalencia del *favor arbitri*, sobre la base del "principio de conservación del acuerdo de arbitraje".

que una persona pierda tal beneficio por el solo hecho de suscribir un acuerdo parajudicial”⁸⁴.

Ocurre, empero, que los principios de interpretación de los contratos y, en especial, la posibilidad de que el intérprete integre las lagunas del contrato reconstruyendo o reescribiendo el acuerdo de arbitraje, varían sobremanera según la cultura jurídica. Mientras los sistemas angloamericanos, a través de la *implied-terms doctrine*, son *a priori* restrictivos acerca de esta posibilidad y, por tanto, más proclives a la nulidad de los acuerdos de arbitraje patológicos⁸⁵ o a restringir los efectos del acuerdo arbitral frente a terceros⁸⁶, los sistemas romano-germánicos admiten con más facilidad fórmulas de interpretación e integración amplias en busca de la verdadera intención de las partes, o inspiradas por el principio de la buena fe⁸⁷, que a la postre facilitan la conservación y extensión de una cláusula que acaba siendo más obra del juez (o del árbitro) que de las partes⁸⁸. De ahí que la ley aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje y, por tanto, a su interpretación, sea una cuestión determinante en el arbitraje comercial internacional para evaluar el alcance y la suerte de las cláusulas patológicas⁸⁹.

E) Ilícitud del objeto: arbitrabilidad

23. La arbitrabilidad es una cuestión que presenta su propia autonomía y que merece un capítulo autónomo en esta obra. En términos contractuales, sin embargo, la arbitrabilidad se vincula directamente a la validez del acuerdo de arbitraje como negocio jurídico, en la medida en que la arbitrabilidad se refiere a la licitud del objeto del acuerdo de arbitraje. El objeto del arbitraje viene delimitado legalmente de forma imperativa y, en consecuencia, un acuerdo de arbitraje que se refiere a materias excluidas por ley de la posibilidad de solución arbitral es nulo (*ad ex*. artículo 17.1 LA China). Algunas normativas incluyen la arbitrabilidad como un aspecto más de la validez del acuerdo de arbitraje. No es el caso, sin embargo de la LMU, por lo que la solución predominante es

⁸⁴ A juicio de M. Gómez Jene, la jurisprudencia española sería coherente con esta interpretación que requiere una voluntad inequívoca y que, por tanto, parece sustentar una interpretación restrictiva y no *in favorem arbitrationem*, pues en caso de duda la falta de una voluntad inequívoca abocaría a la nulidad del acuerdo, y no a su validez (*vid.* “El convenio arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp 10-11; *Id.*, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2018, pp. 172-173).

⁸⁵ En la práctica, sin embargo, aunque en Inglaterra no rija un principio de *favor arbitrationis* la jurisprudencia ha respetado cláusulas arbitrales auténticamente insuficientes, tales como “*suitable arbitration clause*”, “*disputes should be arbitrated*”, “*arbitration in the usual manner*” o “*arbitration, if any, by ICC rules in London*” (*vid.* M. Illmer, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 316).

⁸⁶ *Vid.* B. Hanotiau, “Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?”, *Arbitration International*, vol. 27/4, 2011, pp. 539-554.

⁸⁷ *Vid.* un gráfico ejemplo en la sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa de 17 de diciembre de 2013 analizado por D. G. Henriques, “Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations”, *Arbitration International*, vol. 31, 2015, pp. 349-362. *Vid.* también D. Girbserger y N. Voser, *op. cit.*, pp. 68-69.

⁸⁸ Para un análisis comparativo más detallado, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “La interpretación del contrato”, *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2016, pp. 235-282.

⁸⁹ *Vid.* en este sentido, D. Solomon, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 77.

su tratamiento como una cuestión autónoma, tal y como se desprende del propio artículo V CNY.

La distinta aproximación a la arbitrabilidad como cuestión contractual (integrada en la validez del acuerdo arbitral) o arbitral (independiente de la validez del acuerdo arbitral) se extrapolará, como veremos, a las soluciones relativas a la ley aplicable a la arbitrabilidad. En cualquier caso, es clara la tendencia del arbitraje a ampliar los límites de las materias arbitrales a cambio de procurar una aplicación más efectiva por parte de los árbitros de las normas imperativas o de orden público internacional no solo del país de la sede, sino de cualquier Estado que presente una conexión estrecha con el litigio. En este contexto, la aproximación contractual puede favorecer, como veremos, la ampliación de los márgenes de la arbitrabilidad.

F) Límites procesales a la invocación de la validez o nulidad del acuerdo arbitral

24. Se suele invocar el principio del *estoppel arbitral* o el principio de coherencia con los propios actos para explicar ciertos límites que tienen las partes a la hora de invocar la nulidad sustancial (o formal) del acuerdo arbitral. En realidad las conductas aludidas podrían igualmente englobarse en el principio de lealtad que rige el procedimiento arbitral o, si se quiere, en una institución más amplia, como el abuso de derecho⁹⁰.

Semejante principio explica la regla del *estoppel* establecida en la jurisprudencia francesa, según la cual, por ejemplo, las partes no pueden impugnar la competencia del tribunal arbitral, si previamente han discutido la competencia de los órganos jurisdiccionales haciendo valer la excepción de arbitraje. Tampoco cabe en aquellos supuestos en los que una parte que ha interpuesto la demanda arbitral y ha participado durante el desarrollo del procedimiento arbitral pretenda discutir *posteriori* la incompetencia del tribunal arbitral, alegando una eventual nulidad del acuerdo arbitral en el que se sustente el procedimiento⁹¹. Se trata del mismo principio que inspira, por ejemplo, el art. 3 de la *Federal Arbitration Act* en EE.UU. o el art. 5 LA Suecia.

3. LEY APLICABLE

A) Validez formal

25. Algunos sistemas jurídicos establecen reglas específicas sobre la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral en supuestos internacionales. No obstante, la delimitación del alcance de estas reglas no siempre es claro y, en particular, interesa determinar si alcanzan no solo a la validez sustancial, sino también a la validez formal del acuerdo de arbitraje.

Las diferentes soluciones acerca de la validez formal de la cláusula arbitral, que han sido puestas de relieve, obligan a plantearse el carácter material o conflictual de las disposiciones sobre la materia. En algunos sistemas, la validez formal del acuerdo

⁹⁰ Vid. J. C. Fernández Rozas, S. A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios Generales del Arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 318-319; J. M. Hosking, "Non-Signatories and International Arbitration in the United States: The Quest for Consent", 20 *Arbitration International*, 2004, pp. 293-294; R. Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", 65 *ICLQ*, 2016, pp. 699-700.

⁹¹ Sentencia de la Cour de Cassation (Ch. civ) de 16 julio 2005 (*Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran*), 01-15.912, *Revue de l'arbitrage*, 2005, pp. 993 ss, nota de Ph. Pinsolle.

arbitral implica la aplicación imperativa de las condiciones de la ley del foro cuando esta resulta ser la sede del arbitraje⁹². Así, el art- 178.2 LFDIP Suiza se limita a determinar la ley aplicable a la validez sustancial del acuerdo de arbitraje, mientras que el art. 178.1 determina las condiciones materiales de validez formal, que resultan aplicables directamente cuando el arbitraje comercial internacional tiene su sede en Suiza⁹³. La aplicación de los criterios de validez de la ley del foro se establece asimismo expresamente en el art. 3 LA Portugal respecto de la validez formal (no sustancial) del acuerdo de arbitraje, extensible a la arbitrabilidad y la capacidad de los entes públicos. La misma solución se puede inferir implícitamente en otros muchos sistemas. De otro lado, ya se ha señalado que la jurisprudencia francesa, en los asuntos *Hecth*, *Dalicoy Jules Verne*, se inclina abiertamente por una aproximación material a la cuestión de la validez, tanto sustancial como formal, del acuerdo de arbitraje y cómo, en la práctica, dicha opción aboca a una aplicación pura y simple de las condiciones de validez previstas en la ley francesa como *lexfori*. No obstante, esta aproximación no es dominante, y muchos sistemas, con la notable excepción de los países que se alinean con esta aproximación sobre la base del artículo 4 del Acta Uniforme OHADA, se inclinan, explícita o implícitamente, por una solución conflictual, aunque esta pueda conducir definitivamente a la *lexfori*.

Es preciso subrayar que algunos sistemas incorporan normas materiales específicas sobre supuestos concretos de nulidad. Así, se ha señalado que el artículo 112 Ccom Seychelles establece la nulidad de la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros. O el art. 6.4º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR establece una regla acerca del momento y lugar de perfección del acuerdo arbitral sobre la base del principio de la recepción de la aceptación. El artículo 4 c) y d) LA Angola dictamina la nulidad de la cláusula que no permite determinar el objeto de la controversia o el marco de relaciones jurídicas al que se refiere, y en un sentido similar se pronuncia el art. 18 LA China. Además, la cláusula compromisoria puede resultar ineficaz si existen limitaciones acerca del momento del acuerdo. A la manera del artículo 1.446 CPC Francia, la mayoría de los sistemas admiten la eficacia de una cláusula arbitral pactada en cualquier momento, incluso cuando el procedimiento se halla pendiente ante una jurisdicción nacional. Una aproximación material implicaría el tratamiento de estas cuestiones conforme a la ley del foro.

La aplicación a la validez formal del acuerdo material de normas materiales enmascara en muchos casos una solución conflictual, como veremos dominante, consistente en aplicar la ley del país de la sede arbitral a la validez del acuerdo arbitral, tanto formal como sustancial. En otros casos, la fórmula conflictual es más evidente: Así, el artículo 6.2º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR se orienta hacia una solución claramente conflictual, a partir de la sujeción de la validez

⁹² Por ejemplo, es el caso del Derecho alemán, en que los requisitos formales contemplados en el § 1031 ZPO se consideran imperativos si la sede es Alemania (*vid.* S. Balthasar, "§ 10: International Arbitration in Germany", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 382).

⁹³ De ahí que haya sido calificada como una norma de Derecho internacional privado material o *Sachnorm* (*vid.* B. Berger y F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli, 2015, pp. 106 y 138-144; E. Loquin. *L'arbitrage du commerce International*, Issy-les-Moulineaux, L'extenso, 2015, pp. 133-137).

formal de la convención arbitral a la *lex loci celebrationis*, aunque el *favor negotii* se obtiene ampliando la posibilidad de decretar la validez formal conforme a una ley objetivamente vinculada con el contrato (art. 6.5º), mientras que reserva a la ley de la sede la determinación de la validez sustancial del acuerdo de arbitraje (artículo 7.2). Del mismo modo, el artículo 1.2 a) CG parece orientarse a una solución parcialmente conflictual en favor de la conservación del acuerdo arbitral al definirlo alternativamente "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". Obviamente, la dificultad consiste en acotar los supuestos geográficos que cubre "las relaciones entre Estados...". Cabe pensar, por ejemplo, en un acuerdo arbitral no escrito sometido a la *lex arbitri* española, que exige el acuerdo escrito, en el marco de una relación contractual entre una sociedad francesa y otra canadiense, cuyas legislaciones admiten la validez del acuerdo arbitral no escrito. El principio de *favor negotii* aconsejaría, pues, eludir las peculiaridades observadas en el análisis comparado a través de una formulación conflictual generosa, típica en el Derecho internacional privado de los contratos, que permitiera sostener la validez formal de la cláusula cuando así lo previera no solo la *lex arbitri*, sino también, alternativamente, la ley elegida por las partes, la ley del contrato o la ley aplicable al fondo del convenio arbitral. En suma, subsumiendo la ley aplicable a la validez formal del acuerdo arbitral en las reglas de conflicto más habituales relativas a la validez sustancial, que por lo demás no suelen adjetivar su aplicación y se refieren genéricamente a la validez del acuerdo arbitral. Este principio de *favor negotii* se optimizaría en relación con el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros permitiendo la ampliación del concepto de acuerdo de arbitraje contenido en el art. II CNY, que al exigir la constancia por escrito es más riguroso, por ejemplo, que el estándar establecido en la Opción II del art. 7 LMU⁹⁴. La vía, no exenta de controversias, para alcanzar dicha ampliación vendría dada por la invocación del art. VII del Convenio y la regla del *favor recognitionis*⁹⁵.

En cualquier caso, la aplicación de los mismos criterios de ley aplicable a la validez formal y sustancial podría ampararse, en último término, en una calificación del carácter de las exigencias formales, como solemnidad o condición de validez, o meramente *ad probationem*. En la práctica, la primera aproximación parece primar, por lo que en muchos sistemas la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral debería abarcar por igual los aspectos formales y sustanciales.

B) Validez sustancial

26. La determinación de la validez sustancial y formal de las cláusulas compromisorias importa tanto a los árbitros, a la hora de decidir sobre su propia competencia⁹⁶, como a

⁹⁴ J. D. M. Lew, L. A. Mistelis y S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law Int'l, 2003, § 6-48 y ss.

⁹⁵ Vid. P. Nacimiento, "Article V (1) (a)", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, pp. 226-227.

⁹⁶ Los árbitros no tienen propiamente *lex fori*, por lo que no solo no se ven compelidos a aplicar necesariamente las soluciones previstas en la legislación nacional de la ley de la sede para determinar la ley aplicable a la validez de la cláusula, que obligan al juez que resuelve una excepción de arbitraje, sino que tampoco deben aplicar los principios conflictuales previstos en caso de procesos de nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, cuestiones que no les competen (*vid.* P. Bernardini, "Arbitration clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", ICCA

los jueces que deben dilucidar una excepción de arbitraje o un supuesto de nulidad o reconocimiento de un laudo. La ley aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje puede regirse por reglas diferentes según se trate de una u otra hipótesis.

Como se ha señalado más arriba, el principio de autonomía de la cláusula compromisoria implica su sumisión a reglas específicas de validez independientes de las que rigen la validez del contrato en el que se inserta. La determinación de la validez sustancial de la cláusula arbitral puede inspirarse igualmente en un criterio material, como el sostenido por la jurisprudencia francesa⁹⁷, partidaria de no someter esta cuestión a ninguna ley nacional⁹⁸. Como pusimos de relieve, esta consideración no permite una mera consideración fáctica de la validez de la cláusula, pues finalmente la existencia de un consentimiento no viciado es siempre una cuestión jurídica, por lo que el sistema francés conduce a una aplicación de los criterios materiales de la *lex fori*, al igual que el artículo 4 del Acta Uniforme OHADA. En este sentido, el Derecho francés se orienta claramente por criterios interpretativos favorables a la validez sustancial de la cláusula (*favor negotii*), inspirados en el principio de buena fe o en una corrección de la validez sobre la base del principio *contra proferentem*.

La aplicación de la *lex fori* es asimismo la solución prevista en el artículo 53.2 LAC Afganistán, y salvo excepciones (*Perry v. Thomas*)⁹⁹, en la jurisprudencia norteamericana desde *Ledee v Cweramiche Regno* (1stCircuit, 1982)¹⁰⁰.

En particular, las normas del foro sobre validez de las cláusulas compromisorias abusivas o incluidas en contratos de adhesión, referidas más arriba, son normas que no regulan propiamente la validez formal, sino sustancial, aunque la vinculación de ambos aspectos redunde en la necesidad de un tratamiento omnicompreensivo y único de la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral. En este sentido, incluso en sistemas que admitan una solución conflictual, no cabe descartar la aplicación de estas reglas sobre la validez de la cláusula compromisoria por razones de orden público internacional, con

Congress Series, nº. 9, París, 1999, p. 200). Así, en el ámbito de la CCI, se entiende que los árbitros no están obligados a aplicar ninguna ley nacional para resolver la validez de la cláusula arbitral, con lo que se alinean con el criterio de la jurisprudencia francesa: *vid.* por ejemplo, Laudo final núm. 9302 de 1998 (*Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Kluwer, 2009, p. 141); Laudo provisional núm. 9781 de 2000 (*Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Kluwer, 2009, p. 273).

⁹⁷ *Vid.* sentencias de la *Cour de Cassation* en los asuntos *Hetch* (sentencia de 4 de julio de 1972) y *Dalico* (sentencia de 20 de diciembre de 1993). *Vid.* Sentencias de la *Cour de Cassation* de 7 de junio de 2006 (*Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 945, nota de E. Gaillard) y de 8 de julio de 2009 (*Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 529, nota de D. Cohen). Para más detalles, *vid.* C. Seraglini y J. Ortscheidt, *op.cit.*, pp. 488-501. La misma tendencia se observa en las secciones 6.b y 6.a FAA.

⁹⁸ La complejidad de las soluciones conflictuales ha sido invocada para defender una respuesta material en este sentido: *vid.* L. Graffi, "The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Parctitioner View", *Conflict of Laws in International Arbitration (Franco Ferrari, Stefan Kröll eds.)*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 28-35.

⁹⁹ (1987) 482 U.S., n. 9. *Vid.* el matizado análisis de G. B. Born, *op.cit.*, pp. 527-541.

¹⁰⁰ 684 F.2d 184. *Vid.* L. Graffi, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 49, nota 95^a. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5^a ed., Oxford University Press, 2009, pp. 171-172. *Vid.* D. Lindsay y Y. Lahlou, "The Law Applicable to International Arbitration in New York", *International Commercial Arbitration in New York*, 2^a ed., Oxford University Press, 2016, pp. 36-42.

todas las connotaciones que ello conlleva desde el punto de vista de la vinculación de la controversia con el sistema jurídico cuya regla pretende aplicarse.

Ciertamente, cualquiera que sea la ley aplicable a la validez sustancial del acuerdo arbitral, puede concurrir la nulidad de la cláusula en virtud del orden público internacional. Así, la Corte de Apelación de Génova de 7 de mayo de 1994 en el asunto *Fincantieri-Cantieri*¹⁰¹ consideró nula la cláusula compromisoria contenida en un contrato de compraventa entre un vendedor italiano y un comprador iraquí en aplicación de las sanciones establecidas en la UE contra Iraq. En la jurisprudencia alemana, por su parte, existe la tendencia a utilizar para el acuerdo arbitral, *mutatis mutandis*, las mismas reglas de protección de las normas de conflicto relativas a los contratos celebrados por consumidores (*ad ex.* sentencias BGH de 8 de junio de 2010¹⁰² y de 25 de enero de 2011¹⁰³).

27. Algunos sistemas no contienen normas específicas sobre la ley aplicable a la validez sustancial de la cláusula compromisoria, por lo que resultan de aplicación, bien las reglas del foro sobre validez sustancial del acuerdo de arbitraje internacional, bien las normas de conflicto generales en materia de contratos, aunque aplicables a la cláusula compromisoria considerada en sí misma como un contrato, en virtud del principio de autonomía. Entre ambas opciones, resulta más justificada, por razones de proximidad y previsibilidad, la aplicación de la *lex causae*, al menos con carácter general.

El acuerdo de arbitraje constituye un negocio autónomo al que resultan aplicables las normas en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁰⁴. Resulta fácil comprender que si las partes han previsto específicamente una ley aplicable al acuerdo de arbitraje dicha ley tiene muchos visos de ser respetada por árbitros y jueces en la inmensa mayoría de sistemas jurídicos. El problema es que rara vez las partes establecen una cláusula específica sobre la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral y las reglas y cláusulas-tipo de instituciones arbitrales, salvo excepciones, no prevén ni aconsejan dicha elección¹⁰⁵.

Tratándose de cláusulas compromisorias, no es raro que la ley aplicable al contrato coincida con la ley aplicable a la validez de la cláusula compromisoria. Si las partes no han elegido la ley aplicable al contrato, es posible que los criterios sobre la ley aplicable en defecto de elección aboquen a la aplicación de la misma ley al contrato y a la cláusula compromisoria, por razones de proximidad. Si las partes han elegido la ley aplicable al contrato, pero no la ley aplicable a la cláusula compromisoria, es previsible que esta

¹⁰¹ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI, 1996, p. 594.

¹⁰² *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVII, 2012, p. 216.

¹⁰³ *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol XXXVII, 2012, p. 223.

¹⁰⁴ En Europa, la exclusión de esta materia del Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I") conlleva la aplicación de las normas de conflicto domésticas, previstas bien en la legislación arbitral, bien en las reglas generales internas. Es el caso de Inglaterra, la ausencia de normas específicas en la LA Inglaterra conduce a la aplicación de la doctrina de la *proper law of the contract* [*vid.* M. Illmer, "§ 8: International Arbitration in England and Wales", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 307], doctrina que, por extensión, se encuentra en otras jurisdicciones, como India [*vid.* B. Steinbrück, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 455].

¹⁰⁵ *Vid.* los datos que aporta G. A. Bermann, "International Arbitration and Private International Law", *R. des C.*, t. 381 (2017), pp. 144-150, esp. nota 355ª.

elección se interprete asimismo como una elección tácita, si no expresa, de la misma ley para la cláusula compromisoria, aunque esta inducción es mucho más dudosa para el compromiso arbitral, y en todo caso puede ser discutida tanto desde el punto de vista de la separabilidad del acuerdo arbitral¹⁰⁶, como de la especialidad que le confiere su objeto propiamente procesal¹⁰⁷.

La aplicación de la *lex causae* a la validez del acuerdo de arbitraje se contempla expresamente en el artículo 39 (1) (a) LA San Vicente y Granadinas; sec. 30.1 a) LA Tanzania; art. 28.1 a) LA Zambia. Algunos sistemas se refieren exclusivamente a la aplicación de la ley elegida (art. 43 a) ii y 46 a) ii LA Bangladesh; art. 5 LA Eslovaquia; sec. 70 (1) a) i) LA Malta.

28. En defecto de elección por la partes, la determinación de una conexión objetiva para regir la validez del acuerdo arbitral reclama soluciones específicas¹⁰⁸. En este caso

¹⁰⁶Vid. G. B. Born, *op.cit.*, pp. 475-476.

¹⁰⁷ Se afirma que se trata de una inducción o presunción no controvertida, como advierten G. A. Bermann, *op.cit.*, p. 147; K. S. Harisankar, "International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination", *Journal of International Arbitration*, vol. 30, 2013/6, p. 629. Redfern and Hunter on *International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009, p. 167; M. Illmer, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 308. *Ad ex.*, sentencia Tribunal Federal suizo de 8 de julio de 2003 (DFT 129 III, 75); *Union of India v MacDonnell Douglas Corp* (1993), 2 Lloyd's Rep. 48; sentencia BGH alemán de 12 de febrero de 1976 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. II, 1977, p. 242); Laudo final ICC núm. 3572 de 1982 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XIV, 1989, p. 111). Es cierto que la doctrina ha seguido de forma casi unánime este criterio, salvo alguna notable excepción (*cf.* Bernardini, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 201; K. P. Berger, "The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act", *Arbitration International*, vol. 17/4, 2001, pp. 392-393). Pero, de hecho, la inducción o presunción no es universal: el sistema sueco solo contempla la eficacia de una elección específica por las partes para el acuerdo arbitral, y no de una cláusula de elección de ley aplicable general [*cf.* N. Widjeskog, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 599]; en el Derecho chino, la elección de la ley aplicable al acuerdo arbitral solo puede ser expreso (*cf.* F. Yang, "The Proper Law of the Arbitration Agreement: Mainland Chinese and English Law Compared", *Arbitration International*, vol. 33, 2017, p. 123); en el Derecho inglés, el hecho de que las partes hayan elegido una sede arbitral en un país distinto a aquel cuya ley ha sido elegida para regir el fondo del contrato puede llevar a preferir la aplicación de la ley de la sede elegida a la validez del convenio arbitral (*vid.* A. Arzandeh y J. Hill, "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Clause under English Law", 5 *Journal of Private International Law*, 2009, pp. 425-445), y lo mismo se mantiene en el Derecho alemán (*vid.* M. S. Rieder y R. Kreindler, *op.cit.*, pp. 30-32). La misma conclusión se observa en Luxemburgo (sentencia de la *Cour d'Appel* de 26 de julio de 2015, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIX, 2014, p. 443). La elección de la ley aplicable al contrato es solo una presunción *iuris tantum* de que las partes han querido aplicar dicha ley al acuerdo de arbitraje (*Sulamérica CIA nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA and others*, [2013] 1 WLR, 102) y las divergencias en este sentido se observan respecto de jurisdicciones tan cercanas como la de Singapur (*cf.* R. Nazzini, *loc.cit.*, pp. 681-703) o Kenia (sentencia de la *High Court of Nairobi* de 18 de diciembre de 2012, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, pp. 449-452). En general, hay diversidad de opiniones doctrinales acerca de si la elección de la ley aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje puede ser tácita (*cf.* A. Atteritano, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale (il principio del rispetto della volontà delle parti)*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 162-165). Por lo demás, los árbitros no se ven mediatizados por la ley elegida por las partes para regir el fondo a la hora de determinar la validez del acuerdo arbitral: *ad ex.*, Laudo CCI final núm. 9302 de 1998 (*Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Kluwer, 2009, p. 141); Laudo CCI provisional núm. 9781 de 2000 (*Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Kluwer, 2009, p. 273).

¹⁰⁸ No faltan posturas contrarias, que defienden la conveniencia de unificar la ley aplicable al contrato y al acuerdo de arbitraje en defecto de elección por las partes y relativizan el alcance del principio de separabilidad en aras a soluciones simples y predecibles basada en la aplicación unitaria de la ley objetiva aplicable al contrato en que se inserta el acuerdo de arbitraje (*vid.* N. Grover, "Dilemma of the Proper Law

no tiene la misma justificación aplicar al acuerdo arbitral la ley que sería aplicable al contrato o al fondo de la controversia en defecto de elección. Las normas de conflicto generales en materia de obligaciones deben adecuarse a la particularidad del acuerdo de arbitraje, y su especialidad es deseable¹⁰⁹. De esta forma, la ley aplicable al acuerdo arbitral en defecto de elección puede venir mediatizada por su carácter de acuerdo o contrato procesal¹¹⁰. Así, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (art. 7.2) contempla una solución unitaria, sometiendo la validez sustancial del acuerdo arbitral a la ley del país de la sede arbitral¹¹¹. En la jurisprudencia norteamericana se detecta asimismo, como se ha señalado, la preeminencia de la ley de la sede (*lex fori*) como ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral, incluso contra la ley elegida por las partes. Si la sede ha sido designada por las partes puede erigirse como un elemento asimismo determinante de una elección tácita. El problema subyace en aquellos casos en que la sede no se determina ni es determinable en el momento de concluirse el acuerdo arbitral, por lo que no solo es impredecible, sino que su

of the Arbitration Agreement; an Approach Towards Unification of Applicable Laws”, 32 *Singapore Law Review*, 2014, pp. 227-256).

¹⁰⁹Vid. G. A. Bermann, *op.cit.*, pp. 153-158. En el Derecho inglés, la regla de la *proper law* del acuerdo arbitral permite una mayor flexibilidad, si bien la sede arbitral, especialmente si se encuentra en Inglaterra, es el criterio determinante; pero otros factores, como el domicilio común de las partes, el lugar de celebración y ejecución del contrato, el idioma o incluso el lugar de ejecución del laudo puede ser tenidos en cuenta (vid. M. Illner, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 308-309; L. Collins, “The Law Governing the Agreement and Procedure in International Arbitration in England”, *Contemporary Problems in International Arbitration* (ed. J. D. M. Lew), Dordrecht, Springer, 1987, pp. 127-131). Lo mismo acontece, por extensión, en Singapur [vid. R. Selevraj y T. K. Liang, “§ 15: International Arbitration in Singapore”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 548]. Se trata de una doctrina que permea otros territorios de a Commonwealth (*ad ex*. Sentencia de la High Court de Nairobi de 18 de diciembre de 2012, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, p. 449). Algunos autores mantienen que la flexibilidad del sistema inglés lo aproxima a algunos sistemas civilistas, como el suizo. Sin embargo, no parece que la mera coincidencia de conexiones, e incluso de su determinación, sea el elemento comparativo a tener en cuenta (vid. P. A. Karrer, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: A Civilian Discusses Switzerland’s Arbitration Law and Glances Across the Channel”, 26 *Singapore Academic of Law Journal*, 2014, pp. 849-873), sino las relaciones que presentan estas conexiones entre sí, de forma alternativa (*in favorem validitatis*), como sería el caso de Suiza, o más bien subsidiarias o excluyentes en el caso de Inglaterra.

¹¹⁰ Vid. el análisis en este sentido de A. J. Belohkavek, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute”, 3 *Yearbook on International Arbitration*, 2013, pp. 27-57.

¹¹¹ Esta solución, como ya se señaló, es la preferente en el sistema inglés y en otros modelos relativamente cercanos, como el de Hong-Kong: *Löckner Pentaplast GmbH & Co. KG v Advance Technology (H.K.) Co. Ltd.*, 14 de julio de 2011, HCA 1526/2010, *cit.* por A. Lo, “§ 11: International Arbitration in Hong Kong”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 414, nota 34ª. Se contiene en el art. 48 de la LA sueca y también se aprecia en el Derecho holandés: vid. G. Fasfalisy y M. Krestin, “§ 13: International Arbitration in the Netherlands”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 483, o en el japonés (sent. del Tribunal Superior de Tokio de 20 de mayo de 1994). Vid. para un análisis comparativo más extenso G. B. Born, *op.cit.*, pp. 509-514. También el enjuiciamiento de la validez de del acuerdo arbitral conforme a la ley de la sede por parte de los tribunales arbitrales se encuentra extendida [*ad ex*. Laudo CCI núm. 17669 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLI, 2016, pp. 250-275) o Laudo de la Corte de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán núm. 1115/16 de 10 de diciembre de 2015 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLI, 2016, pp. 303-329)].

determinación puede resultar relativamente aleatoria según el tipo de arbitraje y el sistema de determinación que resulte aplicado¹¹².

29. Con cierta frecuencia, sin embargo, los sistemas de arbitraje comercial internacional prevén soluciones conflictuales específicas, a través de conexiones múltiples, que divergen según se formulen para determinar la validez de la cláusula arbitral por parte de los árbitros o de los jueces que deben resolver una excepción de arbitraje, o la nulidad del acuerdo se invoque en procedimiento de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

30. En el ámbito de los recursos de anulación y en el reconocimiento y ejecución de decisiones impera una solución conflictual a través de conexiones subsidiarias, que no se orienta al *favor negotii*. En relación con los procedimientos de anulación y, por extensión, para resolver la validez del acuerdo de arbitraje por parte de los tribunales, la regla prevista en el art. IX CG o en el artículo 34.2 a) i) LMU contempla que la validez del acuerdo de arbitraje se determine conforme a la ley elegida por las partes y, solo en su defecto, por la ley de la sede que, en la formulación unilateral de las legislaciones nacionales, se menciona obviamente como ley del foro.

Este es la solución recogida en: arts. 99 a) I y 104 a) I de la LACI Argentina; art. 47 (2) (a) (ii) y art. 49 (1) (a) (ii) LAI Barbados; art. 1717.3 a) i) CJ y art. 1721.1 a) i) CJ Bélgica; art. 43 LAI Bielorrusia; art. 47.2 LACI Bulgaria; Art. 152.1 b) LADR Bután; art. 44.2 a) i) y 46 LAC Camboya; art. 34.2. a) i) LACI Chile; art. 34 (1) 1 a) i) LACI Chipre; art. 108.1 a) LA Colombia; art. 36.2 a) LA Corea del Sur; art. 37 (2) (1) a LA Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 82.1 b) LA El Salvador; secc. 20.2 b) LA Escocia; art. 40. 1 a) 1) LA Eslovaquia; art. 40 (2) 1 LA Eslovenia; art. 751 (1) 2 CPC Estonia; sec. 49.2 a) i) LADR Gambia; art. 43.2 a) i) LA Guatemala; art. 47.2 a) LA Hungría; art. 34 (2) a) ii) LA India; art. 33.1 b) LACI Irán; art. 75.1 a) ii) LA Islas Caimán; art. 34.2 a) i) LA Islas Cook; art. 44.1 (ii) LA Japón; arts. 52.2 y 57.1.1) LA Kazajstán; art. 35.2 a) ii) LA Kenia; art. 36.2 a) ii) LA Kosovo; art. 46.3 a) i) LA Portugal (arbitraje interno); art. 35.2 a) 2) LACI Macedonia; sec. 37 (1) a) ii) LA Malasia; art. 35.2 a) i) LA Mauricio; art. 1457.I.a) CC México; art. 37.2 LACI Moldavia; art. 40.2.1 LA Mongolia; art. 48.1 LA Montenegro; art. 44.2 a) ii) LA Mozambique; art. 41 a) 2. LA Myanmar; art. 30.2 a) LA Nepal; § 43 a) LA Noruega; sec. 34.2 a) i) Schedule 1 LA Nueva Zelanda; art. 67.1 LA Panamá; art. 40 a) 1) LA Paraguay; art. 8.01 2) a) i) LACI Puerto Rico; art. 39.2 a) LAC República Dominicana; art. 47.1 a) LAC Ruanda; art. 34.2 1) LAI Rusia; art. 58.1 LA Serbia; 32.1 a) i) LA Sri Lanka; sec. 40. 1 b) LA Tailandia; art. 15.A.1 a) LAI Turquía; art. 34.2 a) ii) LA Uganda; art. 34.2 1) LACI Ucrania; art. 34.2 a) i) LA Zimbabue. Jurisprudencialmente se sigue asimismo en otros sistemas jurídicos, como el austriaco (sent. OGH de 26 de abril de 2006¹¹³). El artículo 18 de la Ley de la República Popular China sobre la Ley aplicable a las relaciones jurídicas internacionales prevé que, en defecto de elección por las partes de la ley aplicable al acuerdo arbitral, se aplicará la ley en que radique la institución arbitral o de la sede del arbitraje¹¹⁴. Conviene recordar que conforme al Derecho chino el arbitraje *ad hoc* no es válido.

¹¹² Vid. E. Loquin, *op.cit.*, p. 130.

¹¹³ 7 Ob 236/05 i. Vid. más en detalle M. Neuber y G. Zeiler, "§ 4: International Arbitration in Austria", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 195.

¹¹⁴ No está claro, sin embargo, cómo juegan estas dos conexiones, aunque parece que lo lógico es que operen de forma subsidiaria. En la práctica, no obstante, la conexión retenida suele ser las más veces la ley correspondiente a la sede del arbitraje (cf. F. Yang, "*loc.cit.*", p. 129).

31. La misma solución de conexiones subsidiarias se contempla en el ámbito de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, los artículos V.1 a) CNY y 36.1 a) i) LMU han optado igualmente por un sistema restrictivo y poco inclinado a la regla del *favor negotii*: resulta nulo el acuerdo arbitral si así lo establece la ley elegida por las partes para regir dicho acuerdo¹¹⁵ o, solo en su defecto, la *lex arbitri* (entendiendo el lugar en que se ha dictado la sentencia como lugar de la sede del arbitraje). El artículo 5.1º b) de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975, reproduce esta regla, que han incorporado específicamente muchos sistemas.

Así se encuentra formulada la regla en: art. 38.II LA Brasil; art. 45.1 LA Cabo Verde; art. 46 LAC Camboya; art. 35.1.A LAC Catar; art. 36.1. a) i) LACI Chile; art. 23 (1) a) i) LACI Chipre; art. 112 a) i) LA Colombia; art. 39 (1) (1) a) LA Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 50.1 a) LA Eslovaquia; arts. 53.1 LA Finlandia; sec. 53.1 a) i) LADR Gambia; art. 48 (1) a) LA India; art. 36.1 a) i) LA Islas Cook; art. 45.2 (ii) LA Japón; art. 37.1 a) ii) LA Kenia; art. 39.4 a) LA Kosovo; art. 50.3 1) LAC Lituania; sec. 39 (1) a) ii) LA Malasia; art. 1462.1.a) CC México; art. 39.1 a) LACI Moldavia; art. 52.1 LA Montenegro; art. 46 b) 2 LA Myanmar; arts. 61.1 a) y 63.1 LA Nicaragua; § 46 a) LA Noruega; sec. 36.1 a) i) Schedule 1 LA Nueva Zelanda; art. 72.1 a) LA Panamá; art. 46 a) 1) LA Paraguay; art. 75.2 d) LA Perú; art. 56.1 a) i) LA Portugal; art. 9.02 1) a) i) LACI Puerto Rico; art. 45.1 a).2 LAC República Dominicana; art. 51.1 a) LAC Ruanda; art. 36.1.1) LAI Rusia; art. 23.4 a) LA San Marino; art. 66.1 LA Serbia; art. 30.1 c) LA Singapur; 34.1 a) i) LA Sri Lanka; art. 48 y 54 LA Suecia; sec. 43.2 LA Tailandia; art. 50.2 LA Taiwán; art. 36.1 1) LACI Ucrania; art. 39.2 a) i) y 41.1 a) i) LACI Uruguay; art. 36.1 a) i) LA Zimbabue.

A diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de anulación, en el ámbito del reconocimiento, sin embargo, el principio de *favor recognitionis* puede permitir una reconducción de la solución conflictual conforme al principio de *favor negotii*. En primer lugar, cabe interpretar que la referencia a la ley de la sede o jurisdicción primaria englobe asimismo sus normas de conflicto cuando contemplan otras conexiones capaces de dar validez al acuerdo arbitral¹¹⁶. En segundo lugar, el principio de compatibilidad con el régimen de reconocimiento más favorable del foro o jurisdicción secundaria, contemplado por ejemplo en el art. VII CNY, permitiría el reconocimiento cuando el acuerdo arbitral fuera válido de conformidad con las normas de conflicto más abiertas de la ley del país de ejecución del laudo¹¹⁷, opción que encaja con el espíritu del

¹¹⁵ Esta cuestión plantea comúnmente el problema de la extensión de la ley elegida para regir el contrato a la propia cláusula compromisoria, que no es pacífica en la doctrina, aunque se mantiene generalmente en la jurisprudencia (vid. J. F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002, p. pp. 144-146 y 271-272; Redfern and Hunter on *International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009, pp. 166-168; A. M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012, p. 103). Dicha extensión no parece vulnerar el principio de autonomía o de separabilidad de la cláusula, en la medida en que una elección tácita de la ley aplicable es igualmente posible, por lo que cabe extraer dicha extensión por vía de interpretación aun manteniendo la autonomía formal de la cláusula compromisoria. No obstante, como señala P. Nacimiento, debe aconsejarse a las partes que hagan una elección explícita de la ley aplicable al acuerdo arbitral para evitar problemas en el contexto del CNY (vid. loc. cit., op. cit., p. 225).

¹¹⁶ Vid. M. Virgós Soriano, "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 14-2006, p. 21.

¹¹⁷ Estas leyes podrían, en el caso de España, resultar llamadas a regir la validez formal del convenio arbitral en virtud del art. 9.6º LA [vid. sobre el sentido amplio de dicho precepto, incluyendo la eficacia formal, M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional (litigación*

apartado 2º de la recomendación interpretativa adoptada por la CNUDMI el 7 de julio de 2006¹¹⁸, que invita a que las partes puedan acogerse a los derechos que les correspondan, en virtud de las leyes o de los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.

32. Para la valoración de la excepción de arbitraje, el art. VI.2 CG contempla igualmente una solución escalonada, que parte de la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, y solo en su defecto la ley del país de la sede (también *ad ex.* sec. 6 LA Escocia), si bien regula como es lógico la posibilidad, que no se da en los procedimientos de anulación o reconocimiento de laudos, de que la sede arbitral aún no se haya determinado, en cuyo caso la validez sustancial del acuerdo de arbitraje se somete a lo previsto en las normas de conflicto del foro, con excepción de la arbitrabilidad, que queda sometida directamente a las limitaciones impuestas por la ley material del foro.

33. Algunas legislaciones nacionales se apartan de estas soluciones concretas, pero no del principio básico de establecer conexiones subsidiarias o en cascada, que se aplican en defecto de la anterior.

Así, algunas legislaciones contemplan la aplicación a la validez del acuerdo de arbitraje de la ley elegida por las partes y, en su defecto, por la *lex causae* determinada conforme a las reglas generales de Derecho internacional privado (arts. 462.2 a) i) y 464.1 a) 1) CPC Madagascar; arts. 59.2 a) y 62.1. a) CA Mauritania; arts. 78.2.I a) y 81.I a) CA Túnez). El artículo art. 30.2 b) LA Belice opta, en defecto de elección, por la ley del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje, que es una conexión particularmente poco apta para el arbitraje comercial internacional. Los artículos 6.7, 36 (2) 1) a) y 40 (1) LA Croacia establecen la aplicación de la ley elegida por las partes y, en su defecto, por la ley aplicable al fondo de la controversia o la ley croata. En Bélgica, se aplica en primer término la ley aplicable al contrato elegida por las partes y, en su defecto, la ley de la sede¹¹⁹.

34. En efecto, otros sistemas se inspiran más claramente en el *favor negotii* para someter al acuerdo de arbitraje a diversas leyes que son aplicables de forma alternativa, y no subsidiaria. En particular, algunas legislaciones prevén una acumulación de leyes aplicables de forma alternativa: permiten admitir la validez del acuerdo, y por tanto reconocer el laudo, si así lo establece, indistintamente, la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, la ley aplicable al fondo de la controversia o la propia ley del

internacional), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007, p. 329]. Así lo ha interpretado la jurisprudencia alemana: *ad ex.* sents. BGH de 8 de junio de 2010 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVII, 2012, p. 21) y de 25 de enero de 2011 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVII, 2012, p. 223). En contra, sin embargo, la jurisprudencia suiza (Sentencia del Tribunal Federal de 21 de marzo de 1995 (SC.215/1994 E.2h).

¹¹⁸ Vid. D. Schramm, E. Geisinger y P. Pinsolle, "Article II", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, pp. 75-79; R. Wolff, "Article II: Recognition of Arbitration Agreements", *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary-*, Múnich, CH Beck, 2012, pp. 97-99; M. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer, 2016, pp. 84-85.

¹¹⁹ Vid. M. Piers, "Article 1681", *Arbitration in Belgium (A Practitioner's Guide)*, Wolters Kluwer, 2016, p.81.

foro o Estado requerido (*ad ex.* artículo 63.2 LA Andorra; artículo 9.6 LA España; artículo 13.7 LA Perú; art. 51.1 LA Portugal; art. 10.5 LAC República Dominicana; art. 178.2 LFDIP Suiza). El art. 1040 del CPC Argelia aún se formula de forma más favorable, al contemplar, junto a la ley elegida o la ley aplicable al fondo de la controversia, la ley que los árbitros estimen apropiada. No cabe, sin embargo, más que la aplicación de una sola ley, y no parece que la posibilidad de una aplicación en forma de mosaico a aspectos distintos de la validez resulte aceptable¹²⁰.

Esta solución (*favor arbitrationem*) ha sido criticada por alejarse de una concepción razonable en los contratos comerciales, que debería proporcionar a las partes los remedios habituales para oponerse a la eficacia de las obligaciones. Se trataría de considerar a los acuerdos de arbitraje como simples contratos¹²¹. Sin embargo, no debe despreciarse el alcance procesal de estos acuerdos, lo que justifica, por ejemplo, su exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento "Roma I". En este sentido, conviene recordar el carácter abierto con que el artículo 25.1º del Reglamento núm. 1215/2012 ("Bruselas I") contempla la ley aplicable a la validez material de los acuerdos de elección, sujeto a la ley del foro, sin distinguir el alcance material o conflictual de esta referencia, que dependerá en última instancia de la propia interpretación de la ley del foro.

35. Algunos aspectos relativos a la validez del acuerdo arbitral 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 difiere según se trate de personas físicas y jurídicas, y oscila entre los criterios de nacionalidad y domicilio o sede. El Derecho francés apuesta asimismo por una aproximación material, pero en la mayoría de los sistemas se impone una consideración conflictual, partidaria de aplicar la ley "que les resulte aplicables" [arts. V.1 a) CNY y VI (2) CG], o la ley del domicilio respectivo en el caso del artículo 7.1º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. Ello implica recurrir a las normas de conflicto correspondientes de cada sistema, que optarán previsiblemente por la ley nacional o del domicilio de las personas físicas, y la ley rectora del estatuto social de las sociedades y personas jurídicas.

En el caso de las restricciones relativas a los entes públicos, una de las soluciones para facilitar la eficacia de la cláusula consiste, precisamente, en evitar una calificación como cuestión de capacidad, y sujetarla, por la vía de la arbitrabilidad subjetiva, a las reglas más generosas que rigen la arbitrabilidad sobre la base del *favor negotii*. Esta solución, sin embargo, solo es realmente efectiva en aquellos sistemas que someten la arbitrabilidad a una norma de conflicto rectora de la validez sustancial que contemple la posibilidad de una aplicación alternativa de diversas leyes *in favorem negotii*.

36. Los vicios del consentimiento pueden requerir alguna regla adicional, especialmente cuando lo que se discute es la propia perfección de la cláusula y la ausencia de aceptación por una de las partes. Piénsese que aplicar en tales casos 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

¹²⁰ En el Derecho suizo, *vid.* R. Richers y M. Magliana, "§ 18: International Arbitration in Switzerland", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 632.

¹²¹ *Vid.* G. A. Bermann, *op.cit.*, p. 161.

la parte que alega no haber aceptado. En el Derecho internacional privado de los contratos esta cuestión se resuelve a través de una cláusula específica que permite tomar en consideración, en circunstancias especiales, la ley de la residencia habitual de una parte para acreditar que no ha dado su consentimiento [art. 10.2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)].

37. Como en cualquier otro contrato, la ilicitud del objeto puede ser causa de nulidad sustancial. En el ámbito que nos ocupa, los vicios que actúan sobre el objeto o la causa, y no sobre el consentimiento, aparecen referidos a la "arbitrabilidad". En un modelo de arbitraje en que la arbitrabilidad se funde esencialmente en el carácter patrimonial de la disputa, es fácil la tendencia de someter esta cuestión a la ley de la sede. En contrapartida, si el criterio de arbitrabilidad es la disponibilidad del objeto, la tendencia natural sería a regir esta cuestión por la *lex causae*. Con independencia de ello, en algunas legislaciones la arbitrabilidad se integra como una cuestión de validez sustancial inespecífica (como ocurren por ejemplo en el Derecho francés, o en el Derecho español, peruano o dominicano), por lo que sigue las mismas reglas de conflicto generales que, como hemos visto, implican una regla de *favor negotii*, que se traduce en este caso en una regla de *favor arbitrationis*, ampliando notablemente el círculo de arbitrabilidad. Sin embargo, en muchos ámbitos, como el reconocimiento y ejecución de decisiones [art. V.2 a) CNY], la arbitrabilidad es una cuestión autónoma sujeta a las propias reglas de la *lex arbitri*, y a menudo caracterizada por su consideración *ex lege fori* en concomitancia con el orden público. De hecho, la intervención del orden público internacional que siempre merodea en torno a la arbitrabilidad debe ser tomada en consideración en cualquiera de las hipótesis señaladas.

La variedad de estas soluciones se acentúa con la diversidad de concepciones acerca de las materias susceptibles de arbitraje y de su propia definición. Del mismo modo, se suscitan con frecuencia ciertos problemas de calificación: así, la limitación del arbitraje en caso de sujetos de Derecho público puede concebirse como una cuestión de inarbitrabilidad subjetiva, pero también de capacidad¹²².

37. En contrapartida, la calificación y efectos de los convenios arbitrales patológicos se rigen por las mismas reglas que su validez o eficacia sustancial. En qué medida estas patologías pueden suplirse mediante interpretación o integración del acuerdo y en qué medida son de tal envergadura que implican falta de precisión suficiente del contenido y, por tanto, ineficacia, es una cuestión jurídica y no puramente fáctica. De ahí que la ley rectora de la validez sustancial de la cláusula arbitral, como negocio autónomo, deba

¹²² El propio Derecho francés sufre importantes incertidumbres a este respecto, abordado tanto por los tribunales como por el propio Consejo de Estado, que en una decisión reciente se ha arrogado ciertas competencias extraordinarias de intervención y control respecto a la anulación y el reconocimiento de laudos derivados de convenios de arbitraje que afectan a entes públicos franceses: sentencia de 19 de abril de 2013, *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 761, nota de M. Laazouzi. *Vid.* una excelente tesis de la evolución de esta cuestión en el Derecho francés en J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque y S. Carneloup, *Droit du commerce international*, 3ª ed., París, Dalloz, 2014, pp. 851-859. Más ampliamente, aunque anterior a la última sentencia del *Conseil d'État*, M. Audit, "Arbitrage international et contrats publics en France", *Contrats publics et arbitrage international (M. Audit ed.)*, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 115-132. En el ámbito iberoamericano *vid.* un análisis de las disparidades en este punto en C. Conejero Roos, "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general", *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica (marco legal y jurisprudencial)*, 2ª ed., La Ley - Wolters Kluwer, 2012, pp. 75-76.

determinar asimismo en qué medida dicha cláusula es susceptible de integración por los árbitros o por los propios jueces o, en otro caso, deben considerarse nulas.

IV. CONCLUSIONES

38. La concepción del arbitraje comercial internacional se decanta claramente por favorecer en el comercio internacional las soluciones arbitrales a través de un principio de mínima intervención judicial en el arbitraje. En este camino, la conversión de muchos de estos sistemas jurídicos en sedes arbitrales atractivas requiere algunos avances. En materia de régimen jurídico del acuerdo arbitral y de las cláusulas compromisorias, parece recomendable tender a la armonización sobre la base de las siguientes orientaciones:

En primer lugar, conviene incorporar la solución contenida en la Opción II del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUMDI por lo que se refiere al reconocimiento de la validez de la cláusula compromisoria sin sujeción a exigencias de forma predeterminadas.

En segundo lugar, debe admitirse la validez formal de las cláusulas compromisorias contenidas en condiciones generales de los contratos, siempre que el acuerdo principal se refiera a ellas y resulten accesibles para la otra parte en el momento de contratar, sin perjuicio de someter su validez sustancial a las reglas de que limitan las cláusulas abusivas o los contratos de adhesión, en la medida que dichas reglas sean consideradas de orden público internacional.

En tercer lugar, algunos sistemas deben derogar las reglas que no reconocen efecto directo a la cláusula compromisoria y exigen, en caso de oposición, la formalización judicial de un compromiso arbitral.

Por último, resulta aconsejable someter la validez formal y sustancial de la cláusula compromisoria, incluyendo la arbitrabilidad, de forma alternativa, a la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, a la ley aplicable al fondo de la controversia en su defecto y a la *lex arbitri*/ley del foro, sin perjuicio de que algunas exigencias de validez o arbitrabilidad de la *lex arbitrii/lexfori* puedan considerarse de orden público internacional.

Bibliografía: AA. VV., *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999. AGUILAR ALVAREZ, G., "Article II(2) of the New York Convention and the Courts", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series nº 9, Kluwer Law International, 1999, pp. 67–81. AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 2001. ALLISON, S. y DHARMANANDA, K., "Incorporating Arbitration Clauses: The Sacrifice of Consistency at the Altar of Experience", *Arbitration Int'l*, vol. 30/2, 2014, pp. 265-282. ANDREWS, N., *Arbitration and Contract Law (Common Law Perspectives)*, Springer, 2016. ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997. ARZANDEH A, y HILL, J., "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Clause under English Law", *5 Journal of Private International Law*, 2009, pp. 425-445. ATTERITANO, A., *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale (il principio del rispetto della volontà delle parti)*, Milán, Giuffrè, 2008. AUDIT, M., "Arbitrage international et contrats publics en France", *Contrats publics et arbitrage international (M. Audit ed.)*, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 115-132. BALTHASAR, S., "§ 10: International Arbitration in Germany", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 377-406. BALTHASAR, S. y ZIADÉ, R., "§ 9: International Arbitration in France", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 353-376. BELOHKAWEK, A.J., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute", *3 Yearbook on International Arbitration*, 2013, pp. 27-57. BERGER, K. P., "The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998

Arbitration Act”, *Arbitration Int’l*, vol. 17/4, 2001, pp. 389-399. BERGER, B. y KELLERHALS, F., *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli, 2015. BERMANN, G. A., "International Arbitration and Private International Law", *R. des C.*, t. 381 (2017), BERNARDINI, P., "Arbitration clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", *ICCA Congress Series*, nº. 9, París, 1999, pp. 197-203. BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009. BLANCHIN, C., *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995. BLESSING, M., "The Law Applicable to the Arbitration Clause", *ICAA Congress Series*, núm. 9, París, 1999, pp. 168-188. BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., vol. I, Wolters Kluwer, 2014. BOSMAN, L., "The Southern African Development Community and the UNCITRAL Model Law", *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2013, pp. 3- 26. COLLINS, L., "The Law Governing the Agreement and Procedure in International Arbitration in England", *Contemporary Problems in International Arbitration (ed. J. D. M. Lew)*, Dordrecht, Springer, 1987, pp. 126-138. CONEJERO ROOS, C., "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general", *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica (marco legal y jurisprudencial)*, 2ª ed., La Ley - Wolters Kluwer, 2012, pp. 57-110. DRAHOZAL, C. R. "Unfair Arbitration Clauses", *University of Illinois L. Rev.*, 2001, pp. 695-790. DI PIETRO, D., "Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron MayLtd, 2008, pp. 355-380. EISEMANN, F., "La clause d'arbitrage pathologique", *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, Turín, Utet, 1974, p. 129 ss. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008. FASFALIS, G. y KRESTIN, M., "§ 13: International Arbitration in the Netherlands", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 476-508. J. C., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "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*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 588-592. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S. A. y STAMPA, G., *Principios Generales del Arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018. FERRARI F., y ROSENFELD, F., "Límites a la autonomía de las partes en el arbitraje internacional", *Arbitraje*, vol.X. 2017/2, pp. 335-386. GIRSBERGER, D. y VOSER, N., *International Arbitration (Comparative and Swiss Perspectives)*, Baden-Baden, Nomos, 2016. GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2018. GÓMEZ JENE, M., "Art. 9", *Comentario a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 83-93. GÓMEZ JENE, M., "El convenio arbitral: statu quo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 7-38. GRAFFI, L., "The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner View", *Conflict of Laws in International Arbitration (Franco Ferrari, Stefan Kröll eds.)*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 19-62. HANOTIAU, B., "Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?", *Arbitration International*, vol. 27/4, 2011, pp. 539-554. HARISANKAR, K. S., "International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination", *Journal of International Arbitration*, vol. 30, 2013/6, pp. 621-636. HENRIQUES, D.G., "Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations", *Arbitration International*, vol. 31, 2015, pp. 349-362. HERRMANN, G., "The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts", *ICCA Congress Series*, núm. 6, 1993, p. 41 ss. HONG-LINGYU, *Commercial Arbitration (The Scottish and International Perspectives)*, Dundee University Press, 2011. HOSKING, J. M., "Non-Signatories and International Arbitration in the United States: The Quest for Consent", *20 Arbitration International*, 2004, pp. 289-303. HOUEBBI, S., "Arbitration in North Africa: An Overview", "The Southern African Development Community and the UNCITRAL Model Law", *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, WoltersKluwer, 2013, pp. 251-275. ILLMER, M., "§ 8: International Arbitration in England and Wales", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 299-352. JACQUET, J.-M., DELEBECQUE, PH. Y CARNELOUP, S., *Droit du commerce international*, 3ª ed., París, Dalloz, 2014. LANDAU, T.: "The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement: When 'Written' Means 'Oral'", *ICCA International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 19 ss. KAPLAN, N., "Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Out of Step with Commercial Practice?", *12 Arbitration International*, 1996, p. 27-46. KARRER, P. A., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel", *26 Singapore Academic of Law Journal*, 2014, pp. 849-873. LANDAU, T. y MOOLAN, S., "Article II and the Requirement of Form", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May Ltd., 2008, pp. 189-256. LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A. y KRÖLL, S. M., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law Int'l, 2003. LINDSAY, D. y LAHLOU, Y., "The Law Applicable to International Arbitration in New York", *International Commercial Arbitration in New York*, 2ª ed., Oxford

University Press, 2016, pp. 17-53. LO, A., "§ 11: International Arbitration in Hong Kong", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp.407-446. NACIMIENTO, P., "Article V (1) (a)", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, pp. 205-229. NESBITT, S. y QUINLAN, H., "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, vol. 22/1, 2006, pp. 133-149. LOQUIN, E., *L'arbitrage du commerce International*, Issy-les-Moulineaux, L'extenso, 2015. LOUSA, N. y GALVÃO SILVA, R., "International Arbitration in Brazil", *International Commercial Arbitration (ed. S. Balthasar)*, Múnich, CH Beck, 2016, pp. 246-264. LUKOYANOV, K. y ROMANOVA, V., "§ 14: International Arbitration in the Russian Federation", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 509-539. MAYER, P., "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Revue de l'arbitrage*, 1998, pp. 359-368. MULLER, C. y RISKE, O., "La convention d'arbitrage par lettre d'intention en droit suisse et français", *International Business Law Journal*, 2013, pp. 191-216. NAZZINI, R., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", 65 *ICLQ*, 2016, pp. 681-703. NEUBER, M., y ZEILER, G., "§ 4: International Arbitration in Austria", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 187-213. PAULSSON, J., "Arbitration of International Sport Disputes", 9 *Arbitration International*, 1993, pp. 359-370. PAULSSON, M., *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer, 2016. PIERS, M., VANLLENHOVE, C. y DE MEULEMEESTER, D., "§ 5: International Arbitration in Belgium", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 214-245. PIERS, M., "Article 1681", *Arbitration in Belgium (A Practitioner's Guide)*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 79-88. PISACANE, G., MURPHY, L. y ZHANG, C., *Arbitration in China (Rules and Perspectives)*, Springer, 2016. POUURET, J. F. y S. BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002. RICHERS, R. y MAGLIANA, M., "§ 18: International Arbitration in Switzerland", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 623-659. RIEDER, M. S. y KREINDLER, R., "The arbitration agreement", *Commercial Arbitration in Germany*, Oxford University Press, 2016, pp. 29-97. RIGOZZI, A., *L'arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005, § 473-475. RUBINO-SAMMARTANO, M., *Arbitrage international. Droit et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2019. SANDERS, P., *Quo Vadis Arbitration?*, La Haya, Kluwer, 1999. SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration. A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, US and West German Law*, Zúrich, Publication de l'Institut Suisse de Droit Comparé, 1989. SANTOS BELANDRO, R., "La formalidad del acuerdo de arbitraje en los Derechos latinoamericanos", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 15, 2004, pp. 81-91. SCHRAMM, D., GEISINGER, E., y PINSOLLE, P., "Article II", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, pp. 37-114. SERAGLINI, C. y ORTSCHIEDT, J., *Droit de l'arbitrage interne et internationale*, París, Montchrestien, 2013. SELEVARAJ, R. y LIANG, T.K., "§ 15: International Arbitration in Singapore", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 540-567. SOLOMON, D., "§ 2: International Commercial Arbitration: The New York Convention", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Múnich, CH Beck, 2016, p.p. 45-157. STEINBRÜCK, B., "§ 12: International Arbitration in India", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 154-475. STEINGRUBER, A. M., *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012. THORN, K., y GRENZ, W., "The Effect of Overriding Mandatory Rules on the Arbitration Agreement", *Conflict of Laws in International Arbitration (Franco Ferrari, Stefan Kröll eds.)*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 187-210. VAN HOUTTE, V., "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", *Arbitration International*, vol. 16/1, 2000, pp. 1-18. VIRGÓS SORIANO, M., "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 14-2006. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007. WIDJESKOG, N., "§ 17: International Arbitration in Sweden", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 594-622. Wolff, R., "Article II: Recognition of Arbitration Agreements", *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, Múnich, CH Beck, 2012, pp. 85-151. XIONG Q., y SHANG, Y., "§ 7: International Arbitration in China (People's Republic)", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, pp. 265-298. YANG, F., "The Proper Law of the Arbitration Agreement: Mainland Chinese and English Law Compared", *Arbitration International*, vol. 33, 2017, pp. 121-137. YOUSSEF, K., *Consent in Context: Fulfilling the Promise of International Arbitration, Multiparty, Multy-Contract and Non-Contract Arbitration*, Nueva York, Thomson-Reuters, 2011. ZELST, C. VAN, "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context", *Maastricht Law Journal*, vol. 33/4, 2016, pp. 365-378.