

# LA LEY APLICABLE A LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL\*

## The Law Governing the Validity of Arbitration Agreements

---

**Dr. Sixto A. Sánchez Lorenzo**

Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Granada, España  
Secretario General del IHLADI  
Código ORCID: 0000-0001-8954-7317  
sixto@ugr.es

### **Resumen**

A partir de la premisa de la separabilidad del contrato y del acuerdo de arbitraje, el presente estudio aborda, desde una perspectiva comparada, la determinación de la ley aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje en las transacciones internacionales. Se deslinda a estos efectos la validez formal y la validez sustancial, se pone de relieve la divergencia de las distintas aproximaciones existentes a tales cuestiones en las legislaciones nacionales y en los reglamentos institucionales y se delimita el ámbito de aplicación de la ley rectora de la validez formal y sustancial de los acuerdos de arbitraje.

**Palabras clave:** Arbitraje internacional, validez del acuerdo de arbitraje, Derecho aplicable, normas de conflicto, cláusulas patológicas.

### **Abstract**

Based on the premise of separability of the contract and the arbitration agreement, this article deals with the determination of the law applicable to the validity of arbitration agreements in cross-border transactions. A distinction is made between formal validity and substantial validity. Divergences among national legislations and institutional regulations are also highlighted. Finally, the sphere of application of the law governing both formal and substantial validity is delimited.

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+I DER-2017-82441-P ("Arbitraje y comercio internacional: un estudio de Derecho comparado"), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad).

**Keywords:** International Arbitration, Validity of arbitral agreements, Applicable Law, Conflict-of-Laws Rules, Pathological Clauses.

## Sumario

1. Introducción. 2. Ley aplicable a la validez formal. 3. Ley aplicable a la validez sustancial. 4. Ámbito de la ley aplicable. **Referencias bibliográficas.**

## 1. INTRODUCCIÓN

La determinación de la ley aplicable al acuerdo arbitral viene condicionada por el principio universalmente reconocido de la separabilidad del convenio arbitral. 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El art. 16.1º de la Ley Modelo de la CNUDMI 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 prácticamente totalidad de las legislaciones en materia de arbitraje (*ad ex.*, art. 1447, CPC, Francia; art. 7, LA, Inglaterra; art. 178.3, LFDIP, Suiza; art. 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 jurisprudencia. *Vid.*, por ejemplo, en Bolivia, Autos del Tribunal Supremo de 29 de agosto de 2003 y de 11 de febrero de 2005 (cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, pp. 609-611).

<sup>2</sup> La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: arts. 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)

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 consentimiento.<sup>3</sup>

La separabilidad, no obstante, implica una segunda consecuencia que justifica el objeto de la presente contribución: la ley aplicable a la validez del contrato y la ley aplicable a la validez de la cláusula se determinan conforme a reglas de Derecho aplicable o de Derecho internacional privado distintas.

Con todo, la finalidad de la contribución no tiene que ver su objeto. La intención es contribuir modestamente al justo homenaje al Dr. José María ESPINAR VICENTE en ocasión de su jubilación. Además de la amistad, de la que me precio, me mueve asimismo la admiración por el ingenio y la inteligencia por una mente brillante, que ha sabido equilibrar siempre la frescura de la reflexión con el máximo respeto a la teoría normativa y al mismo tiempo gestionar su vida académica con perfecta bonhomía.

## 2. LEY APLICABLE A LA VALIDEZ FORMAL

Como se desprende el propio art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, no existe una única opción a la hora de establecer las condiciones de validez formal de un acuerdo de arbitraje. Mientras algunos sistemas, como el francés y, por extensión, el que se mantiene en la OHADA, se parte de un principio de libertad formal; la mayoría de los sistemas exigen la constancia por escrito del acuerdo arbitral, sin que tampoco exista unanimidad acerca de las condiciones por las que se considera que se cumple tal condición. De ahí que la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral no solo interese a la validez sustancial, sino también a la validez formal.

---

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.

<sup>3</sup> Vid. ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, pp. 122-127; MAYER, P., "Les limites de la séparation de la clause compromissoire", *Revue de l'arbitrage*, 1998, pp. 359-368; LEW, J. D. M.; L. A. MISTELIS y S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, § 6-14.

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 clara 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 arbitral implica la aplicación imperativa de las condiciones de la ley del foro cuando esta resulta ser la sede del arbitraje.<sup>4</sup> Así, el art. 178.2 de la 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 Suiza.<sup>5</sup> La aplicación de los criterios de validez de la ley del foro se establece asimismo expresamente en el art. 3 de la LA de Portugal respecto de la validez formal (no sustancial) del acuerdo de arbitraje, extensible a la arbitrabilidad y a la capacidad de los entes públicos. La misma solución se puede inferir en otros muchos sistemas. Por otro lado, la jurisprudencia francesa, en los asuntos *Hecth*, *Dalico* y *Jules Verne*, se inclina abiertamente por una aproximación material a la cuestión de la validez, tanto sustancial como formal, del acuerdo de arbitraje; en la práctica, dicha opción aboca a una aplicación pura y simple de las condiciones de validez previstas en la ley francesa como *lex fori*. 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 art. 4 del Acta Uniforme OHADA, se inclinan, explícita o implícitamente, por una solución conflictual, aunque esta pueda conducir definitivamente a la *lex fori*.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, es el caso del Derecho alemán, en el que los requisitos formales contemplados en el § 1031 ZPO, se consideran imperativos si la sede es Alemania. Vid. BALTHASAR, S., "§ 10: International Arbitration in Germany", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, p. 382

<sup>5</sup> De ahí que haya sido calificada como una norma de Derecho internacional privado material o *Sachnorm*. Vid. BERGER, B. y F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, pp. 106 y 138-144; LOQUIN, E., *L'arbitrage du commerce international*, pp. 133-137.

<sup>6</sup> Es preciso subrayar que algunos sistemas incorporan normas materiales específicas sobre supuestos concretos de nulidad. Así, se ha señalado que el art. 112 del Ccom de Seychelles establece la nulidad de la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros. O que 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 art. 4 c) y

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 art. 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 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 (art. 7.2). Del mismo modo, el art. I.2 a) de la Convención de Ginebra de 1961 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 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 de la Convención de Nueva York

---

d), LA de 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 de China. Además, la cláusula compromisoria puede resultar ineficaz si existen limitaciones acerca del momento del acuerdo. A la manera del art. 1.446 de la CPC francesa, 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.

de 1958, que al exigir la constancia por escrito es más riguroso, por ejemplo, que el estándar establecido en la Opción II del art. 7 de la Ley Modelo.<sup>7</sup> 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*.<sup>8</sup>

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.

### 3. LEY APLICABLE A LA VALIDEZ SUSTANCIAL

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 competencia,<sup>9</sup> como a los jueces que deben dilucidar una excepción de arbitraje o un supuesto de nulidad o el 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

---

<sup>7</sup> LEW, J. D. M.; L. A. MISTELIS y S. M. KRÖLL, *Comparative...*, cit., § 6-48 y ss.

<sup>8</sup> Vid. NACIMIENTO, P., "Article V (1) (a)", en *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, pp. 226-227.

<sup>9</sup> 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. BERNARDINI, P., "Arbitration clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", *ICCA Congress Series*, No. 9, 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 No. 9302 de 1998, *Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, p. 141; Laudo provisional No. 9781 de 2000, *Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, p. 273.

criterio material, como el sostenido por la jurisprudencia francesa,<sup>10</sup> partidaria de no someter esta cuestión a ninguna ley nacional.<sup>11</sup> Esta consideración no permite en realidad 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 art. 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*.<sup>12</sup>

En particular, las normas del foro sobre validez de las cláusulas compromisorias abusivas o incluidas en contratos de adhesión son normas que no regulan propiamente la validez formal, sino sustancial, aunque la vinculación de ambos aspectos redundante 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 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.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> 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, y de 8 de julio de 2009, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 529. Para más detalles, vid. SERAGLINI, C. y J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, pp. 488-501. La misma tendencia se observa en las secciones 6.b y 6.a, FAA.

<sup>11</sup> La complejidad de las soluciones conflictuales ha sido invocada para defender una respuesta material en este sentido. Vid. GRAFFI, L., "The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner View", en Franco Ferrari y Stefan Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, pp. 28-35.

<sup>12</sup> La aplicación de la *lex fori* es asimismo la solución prevista en el art. 53.2 de la LAC de Afganistán, y salvo excepciones (*Perry vs. Thomas*), en la jurisprudencia norteamericana desde *Ledee vs. Cweramiche Regno* (1<sup>st</sup> Circuit, 1982), 684 F.2d 184. Vid. GRAFFI, L., "The Law Applicable...", *cit.*, p. 49, nota 95<sup>a</sup>; *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2009, pp. 171-172; LINDSAY, D., Y. LAHLOU, "The Law Applicable to International Arbitration in New York", en *International Commercial Arbitration in New York*, pp. 36-42.

<sup>13</sup> 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* (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI, 1996, p. 59) 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 mu-*

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 contractuales.<sup>14</sup> 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 elección.<sup>15</sup>

Al tratarse 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 elección se interprete, asimismo,

---

*tandis*, 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 2010 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVII, 2012, p. 216) y de 25 de enero de 2011 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVII, 2012, p. 223)].

<sup>14</sup> En Europa, la exclusión de esta materia del Reglamento (CE) No. 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. En el caso de Inglaterra, la ausencia de normas específicas en la Ley de Arbitraje conduce a la aplicación de la doctrina de la *proper law of the contract* (vid. ILLMER, M., "§ 8: International Arbitration in England and Wales", en *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 307), doctrina que, por extensión, se encuentra en otras jurisdicciones, como India (vid. STEINBRÜCK, B., "§ 12: International Arbitration in India", en *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 455).

<sup>15</sup> Vid. los datos que aporta BERMANN, G. A., "International Arbitration and Private International Law", *R. des C.*, t. 381 (2017), pp. 144-150, esp. nota 355<sup>a</sup>.



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 arbitral<sup>16</sup> como de la especialidad que le confiere su objeto propiamente procesal.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Vid. BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, vol. I, pp. 475-476.

<sup>17</sup> Se afirma que se trata de una inducción o presunción no controvertida, como advierten BERMANN, G. A., "International Arbitration...", *cit.*, p. 147; HARISANKAR, K. S., "International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination", *Journal of International Arbitration*, vol. 30, 2013/6, p. 629; *Redfern and Hunter...*, *cit.*, p. 167; ILLMER, M., "§ 8: International Arbitration...", *cit.*, p. 308. *Ad ex.*, Sentencia Tribunal Federal suizo de 8 de julio de 2003 (DFT 129 III, 75); *Union of India vs. MacDonnell Douglas Corp.* (1993), 2 Lloyd's Rep. 48; Sentencia del BGH alemán, de 12 de febrero de 1976 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. II, 1977, p. 242); Laudo final ICC No. 3572 de 1982 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XIV, p. 111). Es cierto que la doctrina ha seguido de forma casi unánime este criterio, salvo alguna notable excepción (cfr. BERNARDINI, P., "Arbitration clauses...", *cit.*, p. 201; BERGER, K. P., "The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act", *Arbitration International*, vol. 17/4, 2001, pp. 389-399, espec. 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 (cfr. WIDJESKOG, N., "§ 17: International Arbitration in Sweden", *International Commercial Arbitration...*, *cit.*, p. 599); en el Derecho chino, la elección de la ley aplicable al acuerdo arbitral solo puede ser expresa (cfr. YANG, F., "The Proper Law of the Arbitration Agreement: Mainland Chinese and English Law Compared", *Arbitration International*, vol. 33, 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. ARZANDEH, A. 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. RIEDER, M. S. y R. KREINDLER, "The arbitration agreement", en *Commercial Arbitration in Germany*, 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, 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 vs. 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 (cfr. NAZZINI, R., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", 65 *ICLQ*, pp. 681-703) o Kenia (Sentencia de la *High Court* de 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 (cfr. ATTERITANO, A., *Lenforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale (il principio del rispetto della volontà delle parti)*, 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 No. 9302 de 1998, *Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, p. 141; Laudo CCI provisional No. 9781 de 2000, *Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, p. 273. La aplicación de la *lex causae* a la validez del acuerdo de arbitraje se contempla expresamente en el art. 39 (1) (a), LA de San Vicente y Granadinas; sec. 30.1 a), LA de Tanzania; art. 28.1 a), LA de Zambia. Algunos sistemas se refieren exclusivamente a la aplicación de la ley elegida: art. 43 a) ii y 46 a) ii, LA de Bangladesh; art. 5, LA de Eslovaquia; sec. 70 (1) a) i), LA de Malta.

En defecto de elección por la partes, la determinación de una conexión objetiva para regir la validez del acuerdo arbitral reclama soluciones específicas.<sup>18</sup> En este caso 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 deseable.<sup>19</sup> De esta forma, la ley aplicable al acuerdo arbitral en defecto de elección puede venir mediatizada por su carácter de acuerdo o contrato procesal.<sup>20</sup> 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 arbitral.<sup>21</sup> En la jurisprudencia norteamericana se

---

<sup>18</sup> 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 de soluciones simples y predecibles, basadas en la aplicación unitaria de la ley objetiva aplicable al contrato en que se inserta el acuerdo de arbitraje (vid. GROVER, N., "Dilemma of the Proper Law of the Arbitration Agreement; an Approach Towards Unification of Applicable Laws", 32 *Singapore Law Review*, pp. 227-256).

<sup>19</sup> Vid. BERMANN, G. A., "International Arbitration...", *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, pueden ser tenidos en cuenta (vid. ILLMER, M., "§ 8: International Arbitration...", *cit.*, pp. 308-309; COLLINS, L., "The Law Governing the Agreement and Procedure in International Arbitration in England", en *Contemporary Problems in International Arbitration* pp. 127-131). Lo mismo acontece, por extensión, en Singapur (vid. SELEVARAJ, R. y T. K. LIANG, "§ 15: International Arbitration in Singapore", en *International Commercial Arbitration...*, *cit.*, p. 548). Se trata de una doctrina que permea otros territorios de la 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. 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), 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.

<sup>20</sup> Vid. el análisis en este sentido de BELOHKAVEK, A. J., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute", 3 *Yearbook on International Arbitration*, 2013, pp. 27-57.

<sup>21</sup> 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 vs. Advance Technology (H.K.) Co. Ltd.*, 14 de julio de 2011, HCA 1526/2010, *cit.* por Lo, A., "§ 11: International Arbitration in Hong Kong", en *International Commercial Arbitration...*, *cit.*, p. 414, nota 34<sup>a</sup>. Se contiene en el art. 48 de la LA sueca y también se aprecia en el Derecho holandés: vid. FASFALIS, G. y M. KRESTIN, "§ 13: International Arbitration in the Netherlands", en *International*

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 igualmente 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 determinación puede resultar relativamente aleatoria según el tipo de arbitraje y el sistema de determinación que resulte aplicado.<sup>22</sup>

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.

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 del Convenio de Ginebra o en el art. 34.2 a) i) de la Ley Modelo 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.<sup>23</sup>

---

*Commercial Arbitration...*, cit., p. 483, o en el japonés (Sentencia del Tribunal Superior de Tokio de 20 de mayo de 1994). *Vid.*, para un análisis comparativo más extenso, BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, vol. I, cit., pp. 509-514. También el enjuiciamiento de la validez del acuerdo arbitral conforme a la ley de la sede, por parte de los tribunales arbitrales, se encuentra extendida [*ad ex.* Laudo CCI No. 17669 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLI, 2016, pp. 250-275) o Laudo de la Corte de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán No. 1115/16 de 10 de diciembre de 2015 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLI, 2016, pp. 303-329)].

<sup>22</sup> *Vid.* LOQUIN, E., *L'arbitrage...*, cit., p. 130.

<sup>23</sup> Esta 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 de Barbados; art. 1717.3 a) i) CJ y art. 1721.1 a) i), CJ de Bélgica; art. 43, LAI de Bielorrusia; art. 47.2, LACI de Bulgaria; art. 152.1 b), LADR de Bután; art. 44.2 a) i) y 46, LAC de Camboya; art. 34.2. a) i), LACI de Chile; art. 34 (1) 1 a) i), LACI de Chipre; art. 108.1 a), LA de Colombia; art. 36.2 a), LA de Corea del Sur; art. 37 (2) (1) a), LA de Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 82.1 b), LA de El Salvador; secc. 20.2 b), LA de Escocia; art. 40. 1 a) 1), LA de Eslovaquia; art. 40 (2) 1, LA de Eslovenia; art. 751 (1) 2, CPC de Estonia; sec. 49.2 a) i), LADR

La misma solución de conexiones subsidiarias se contempla en el ámbito de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, los arts. 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 acuerdo<sup>24</sup> 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 art. 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.<sup>25</sup>

---

de Gambia; art. 43.2 a) i), LA de Guatemala; art. 47.2 a), LA de Hungría; art. 34 (2) a) ii), LA de la India; art. 33.1 b), LACI de Irán; art. 75.1 a) ii), LA de Islas Caimán; art. 34.2 a) i), LA de Islas Cook; art. 44.1 (ii), LA de Japón; arts. 52.2 y 57.1.1), LA de Kazajstán; art. 35.2 a) ii), LA de Kenia; art. 36.2 a) ii), LA de Kosovo; art. 46.3 a) i), LA de Portugal (arbitraje interno); art. 35.2 a) 2), LACI de Macedonia; sec. 37 (1) a) ii), LA de Malasia; art. 35.2 a) i), LA de Mauricio; art. 1457.I.a), CC de México; art. 37.2, LACI de Moldavia; art. 40.2.1, LA de Mongolia; art. 48.1, LA de Montenegro; art. 44.2 a) ii), LA de Mozambique; art. 41 a) 2, LA de Myanmar; art. 30.2 a), LA de Nepal; § 43 a, LA de Noruega; sec. 34.2 a) i), Schedule 1, LA de Nueva Zelanda; art. 67.1, LA de Panamá; art. 40 a) 1), LA de Paraguay; art. 8.01 2) a) i), LACI de Puerto Rico; art. 39.2 a), LAC de República Dominicana; art. 47.1 a), LAC de Ruanda; art. 34.2 1), LAI de Rusia; art. 58.1, LA de Serbia; art. 32.1 a) i), LA de Sri Lanka; sec. 40. 1 b), LA de Tailandia; art. 15.A.1 a), LAI de Turquía; art. 34.2 a) ii), LA de Uganda; art. 34.2 1), LACI de Ucrania; art. 34.2 a) i), LA de Zimbabue. Jurisprudencialmente se sigue también en otros sistemas jurídicos, como el austriaco (Sentencia OGH de 26 de abril de 2006). El art. 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 arbitraje. Conviene recordar que conforme al Derecho chino, el arbitraje *ad hoc* no es válido.

<sup>24</sup> 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.* POUURET, J. F. y S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, pp. 144-146 y 271-272; *Redfern and Hunter...*, *cit.*, pp. 166-168; STEINGRUBER, A. M., *Consent in International Arbitration*, 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 de la Convención de Nueva York (*vid.* NACIMIENTO, P., "Article V (1) (a)", *cit.*, p. 225).

<sup>25</sup> Así se encuentra formulada la regla en: art. 38.II, LA de Brasil; art. 45.1, LA de Cabo Verde; art. 46, LAC de Camboya; art. 35.1.A, LAC de Catar; art. 36.1. a) i), LACI de Chile; art. 23 (1) a) i), LACI de Chipre; art. 112 a) i), LA de Colombia; art. 39 (1) (1) a), LA de Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 50.1 a), LA de Eslovaquia; art. 53.1, LA de Finlandia; sec. 53.1 a) i), LADR de Gambia; art. 48 (1) a), LA de India; art. 36.1 a) i), LA de Islas Cook; art. 45.2 (ii), LA de Japón; art. 37.1 a) ii), LA de Kenia; art. 39.4 a), LA de Kosovo; art. 50.3 1), LAC de Lituania; sec. 39 (1) a) ii), LA de Malasia; art. 1462.1.a), CC de México; art. 39.1 a), LACI de Moldavia; art. 52.1, LA

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 arbitral<sup>26</sup>. 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 laudo<sup>27</sup>, opción que encaja con el espíritu del apartado 2º de la recomendación interpretativa adoptada por la CNUDMI el 7 de julio de 2006<sup>28</sup>, 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.

Para la valoración de la excepción de arbitraje, el art. VI.2 de la Convención de Ginebra 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

---

de Montenegro; art. 46 b) 2, LA de Myanmar; arts. 61.1 a) y 63.1, LA de Nicaragua; § 46 a), LA de Noruega; sec. 36.1 a) i), Schedule 1, LA de Nueva Zelanda; art. 72.1 a), LA de Panamá; art. 46 a) 1), LA de Paraguay; art. 75.2 d), LA de Perú; art. 56.1 a) i), LA de Portugal; art. 9.02 1) a) i), LACI de Puerto Rico; art. 45.1 a).2, LAC de República Dominicana; art. 51.1 a), LAC de Ruanda; art. 36.1.1), LAI de Rusia; art. 23.4 a), LA de San Marino; art. 66.1, LA de Serbia; art. 30.1 c), LA de Singapur; 34.1 a) i), LA de Sri Lanka; art. 48 y 54, LA de Suecia; sec. 43.2, LA de Tailandia; art. 50.2, LA de Taiwán; art. 36.1 1), LACI de Ucrania; arts. 39.2 a) i) y 41.1 a) i), LACI de Uruguay; art. 36.1 a) i), LA de Zimbabue.

<sup>26</sup> Vid. VIRGÓS SORIANO, M., "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 14-2006, p. 21.

<sup>27</sup> 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, VIRGÓS SORIANO, M. y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho procesal civil internacional (Litigación internacional)*, p. 329]. Así lo ha interpretado la jurisprudencia alemana: *ad ex. Sentencias 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).

<sup>28</sup> Vid. SCHRAMM, D., E. GEISINGER y P. PINSOLLE, "Article II", en *Recognition and Enforcement...*, cit., pp. 75-79; WOLFF, R., "Article II: Recognition of Arbitration Agreements", en *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, pp. 97-99; PAULSSON, M., *The 1958 New York Convention in Action*, pp. 84-85.

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.

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.<sup>29</sup> 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 foro o Estado requerido (*ad ex.* art. 63.2, LA de Andorra; art. 9.6, LA española; art. 13.7, LA de Perú; art. 51.1, LA de Portugal; art. 10.5, LAC de República Dominicana; art. 178.2, LFDIP suiza). El art. 1040 del CPC de Argelia se formula aun 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 aceptable.<sup>30</sup>

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.

---

<sup>29</sup> 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 de Madagascar; arts. 59.2 a) y 62.1. a), CA de Mauritania; arts. 78.2.I a) y 81.I a), CA de Túnez]. El art. 30.2 b), LA de 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 arts. 6.7, 36 (2) 1) a) y 40 (1), LA de 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 sede [vid. PIERS, M., "Article 1681", *Arbitration in Belgium (A Practitioner's Guide)*, Wolters Kluwer, 2016, p. 81].

<sup>30</sup> En el Derecho suizo, vid. RICHERS, R., y M. MAGLIANA, "§ 18: International Arbitration in Switzerland", en *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 632.

Se trataría de considerar a los acuerdos de arbitraje como simples contratos.<sup>31</sup> 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 art. 25.1º del Reglamento No. 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.

#### 4. ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE

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 aplicable” [arts. V.1 a) de la Convención de Nueva York y VI (2) de la Convención de Ginebra) o la ley del domicilio respectivo en el caso del art. 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*.

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,

---

<sup>31</sup> Vid. BERMANN, G. A., “International Arbitration...”, *cit.*, p. 161.

pues se trata de conexiones que han sido impuestas por el oferente y que perjudican hipotéticamente a 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) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”)].

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 ocurre, 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) de la Convención de Nueva York], 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 capacidad.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> 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



En contrapartida, la calificación y los 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 impliquen 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 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.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV., *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.
- ARZANDEH, A., y J. HILL, "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Clause under English Law", 5 *Journal of Private International Law*, 2009.
- ATTERITANO, A., *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale (il principio del rispetto della volontà delle parti)*, Giuffrè, Milán, 2008.
- BALTHASAR, S., "§ 10: International Arbitration in Germany", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 377-406.
- BELOHKAVEK, A. J., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute", 3 *Yearbook on International Arbitration*, 2013.
- 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.
- 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.

---

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 JACQUET, J. M., Ph. DELEBECQUE y S. CARNELOUP, *Droit du commerce international*, pp. 851-859. Más ampliamente, aunque anterior a la última sentencia del *Conseil d'État*, AUDIT, M., "Arbitrage international et contrats publics en France", en M. Audit (ed.), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 115-132. En el ámbito iberoamericano vid. un análisis de las disparidades en este punto en CONEJERO ROOS, C., "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general", en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica (marco legal y jurisprudencial)*, 2ª ed., La Ley - Wolters Kluwer, 2012, pp. 75-76.

- COLLINS, L., "The Law Governing the Agreement and Procedure in International Arbitration in England", en J. D. M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Springer, Dordrecht, 1987, pp. 126-138.
- CONEJERO ROOS, C., "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general", en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica (marco legal y jurisprudencial)*, 2ª ed., La Ley - Wolters Kluwer, 2012, pp. 57-110.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008.
- FASFALIS, G. y M. KRESTIN, "§ 13: International Arbitration in the Netherlands", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 476-508.
- GRAFFI, L., "The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner View", en Franco Ferrari, Stefan Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier, Munich, 2011, pp. 19-62.
- GROVER, N., "Dilemma of the Proper Law of the Arbitration Agreement; an Approach towards Unification of Applicable Laws", 32 *Singapore Law Review*, 2014.
- 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.
- ILLMER, M., "§ 8: International Arbitration in England and Wales", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 299-352.
- JACQUET, J. M., Ph. DELEBECQUE y S. CARNELOUP, *Droit du commerce international*, 3ª ed., Dalloz, París, 2014.
- 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.
- LANDAU, T. y S. MOOLAN, "Article II and the Requirement of Form", en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May Ltd., Londres, 2008, pp. 189-256.
- LEW, J. D. M.; L. A. MISTELIS y S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Int'l, La Haya/Londres/Nueva York, 2003.
- LINDSAY, D., Y. LAHLOU, "The Law Applicable to International Arbitration in New York", en *International Commercial Arbitration in New York*, 2ª ed., Oxford University Press, 2016, pp. 17-53.
- LO, A., "§ 11: International Arbitration in Hong Kong", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 407-446.
- NACIMIENTO, P., "Article V (1) (a)", en *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, pp. 205-229.

- NAZZINI, R., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", 65 *ICLQ*, 2016.
- NESBITT, S. y H. QUINLAN, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, vol. 22/1, 2006, pp. 133-149.
- MAYER, P., "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Revue de l'arbitrage*, 1998.
- PAULSSON, M., *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer, 2016.
- POUDRET, J. F. y S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, Ginebra, 2002.
- RICHERS, R. y M. MAGLIANA, "§ 18: International Arbitration in Switzerland", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 623-659.
- SCHRAMM, D.; E. GEISINGER y P. PINSOLLE, "Article II", en *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, pp. 37-114.
- SERAGLINI, C. y J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, París, 2013.
- SELEVARAJ, R. y T. K. LIANG, "§ 15: International Arbitration in Singapore", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 540-567.
- STEINBRÜCK, B., "§ 12: International Arbitration in India", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 154-475.
- STEINGRUBER, A. M., *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012.
- VÍRGOS SORIANO, M., "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 14-2006.
- VÍRGOS SORIANO, M. y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007.
- WIDJESKOG, N., "§ 17: International Arbitration in Sweden", en *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., CH Beck, Munich, 2016, pp. 594-622.
- WOLFF, R., "Article II: Recognition of Arbitration Agreements", en *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, CH Beck, Munich, 2012, pp. 85-151.
- YANG, F., "The Proper Law of the Arbitration Agreement: Mainland Chinese and English Law Compared", *Arbitration International*, vol. 33, 2017, pp. 121-137.

---

Recibido: 4/6/2020  
Aprobado: 12/7/2020