

EL DERECHO APLICABLE A LA EXISTENCIA Y VALIDEZ SUSTANTIVA DEL CONVENIO ARBITRAL

JULIO CÉSAR RIVERA (H)¹

Profesor de la Universidad de San Andrés y Profesor Global Adjunto de la Universidad de Nueva York. Socio de Marval, O'Farrell, Mairal

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones
Enero-mayo 2021 (1)
Págs. 55-78

Resumen: La determinación de la ley aplicable al convenio arbitral es una cuestión particularmente compleja. Se trata de un área en la que todavía existe poco consenso y mucha confusión, lo que a su vez causa una fuerte incertidumbre entre los usuarios del sistema. El propósito de este trabajo es analizar la interacción entre la Convención de Nueva York y las leyes nacionales respecto del derecho aplicable a la existencia y validez del convenio arbitral. En particular, el artículo se enfoca en los alcances y los presupuestos de aplicación de la norma de conflicto que establece el art. V(1)(a) de la Convención y en los límites que impone el art. II(3) de la Convención a los Estados Contratantes en la determinación de las causales de invalidez del acuerdo arbitral.

Palabras clave: Acuerdo arbitral – Derecho aplicable – Convención de Nueva York.

Abstract: The determination of the law applicable to the arbitration agreement is a particularly complex issue. This is an area where there is still little consensus and a substantial confusion which in turn causes strong uncertainty among users of the system. The purpose of this work is to analyze the interaction between the New York Convention and national laws with respect to the law applicable to the existence and validity of the arbitration agreement. In particular, the article focuses on the scope and elements of the conflict rule set out in Article V(1)(a) of the Convention and on the limits imposed by Article II(3) of the Convention on Contracting States in determining the grounds for invalidity of the arbitration agreement.

Keywords: Arbitration agreement – Applicable law – New York convention.

1. Agradezco a Diego Fernández Arroyo, Juan Ignacio Amado y a Joselina Martins por la revisión de los borradores de este artículo y por sus valiosos comentarios y sugerencias.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS LEYES DOMÉSTICAS EN MATERIA DE EXISTENCIA Y VALIDEZ SUBSTANTIVA DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ART. II(3) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK. III. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN MATERIA DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL. 1. *La elección del derecho aplicable al convenio arbitral por las partes*. 1.1. La elección expresa del derecho aplicable al convenio arbitral. 1.2. La elección tácita del derecho aplicable al acuerdo arbitral. 2. *El derecho aplicable al convenio arbitral en ausencia de elección expresa o tácita de las partes*. 3. *La existencia de enfoques alternativos a la norma de conflicto de la Convención de Nueva York*. 3.1. La eliminación de la norma de conflicto: el enfoque francés. 3.2. El principio de validación como regla legislativa aplicable en Suiza y en España. 4. *La aplicación de la norma de conflicto por el tribunal arbitral*. IV. ANÁLISIS CRÍTICO. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En todo arbitraje internacional entran en juego al menos tres sistemas jurídicos diferentes: 1) el que regula el contrato principal (*lex contractus*), 2) el que regula el procedimiento arbitral (*lex arbitri*) y 3) el que rige el convenio arbitral². El derecho aplicable al contrato principal es generalmente establecido expresamente por las partes y el derecho que regula el procedimiento arbitral se determina por la sede del arbitraje³. En cambio, la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral es una cuestión mucho más compleja. Se trata de un área en la que todavía existe poco consenso y mucha confusión, lo que a su vez causa una fuerte incertidumbre entre los usuarios del sistema.

En virtud del principio de autonomía o separabilidad de la cláusula arbitral, esta se considera un contrato dentro de otro contrato⁴. Ello implica, entre otras cosas, que el convenio arbitral *puede*-aunque no *debe*- estar regido por una ley diferente a la del contrato principal⁵. Como ha señalado el Tribunal Supremo del Reino Unido, es más probable que una cláusula arbitral esté regida por un derecho distinto al elegido por las partes para regir su relación contractual que lo esté cualquier otra cláusula contractual⁶. Esto se debe, según el tribunal británico, a que la cláusula arbitral tiene una materia y una finalidad distinta a la del contrato principal ya que no establece derechos y obligaciones de naturaleza sustantiva, sino que busca implementar un mecanismo por el

2. Glick, I. y Niranjani, V., «Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement», en Kaplan, N. y Moser M. (eds), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, p. 131.

3. *Ibid.*

4. Rivera, J. C., *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, 2 ed., Abeledo Perrot, 2014, p. 157.

5. Véase, por ejemplo, Born, G., *International Commercial Arbitration*. 2 ed., Kluwer Law International, 2014, p. 475; Gaillard, E. & Savage, J. (eds), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 212.

6. *Enka Insaat Ve Sanayi As v. OOO Insurance Company Chubb*, [2020] UKSC 38 (Tribunal Supremo, Reino Unido), 40 (en adelante, *Enka v. Chubb*).

cual cualquier controversia acerca de esos derechos y obligaciones pueda ser resuelta⁷.

La necesidad de determinar la ley aplicable al convenio arbitral surge cuando alguna de las partes cuestiona su existencia o su validez. Ello puede suceder en diversas etapas procesales –cuando se solicita a un tribunal estatal que remita a las partes al arbitraje, cuando se plantea la falta de jurisdicción del tribunal arbitral o cuando se requiere la anulación o el no reconocimiento y ejecución del laudo–, ante diferentes tribunales –estatales y arbitrales– y ante diferentes foros. Ello posibilita la aplicación de distintas normas de conflicto que, a su vez, pueden llevar a resultados diferentes respecto de la validez del convenio arbitral.

El primer punto que hay que tener en claro es que no existe una sola ley que regule todos los aspectos del convenio arbitral. En efecto, la validez sustantiva del convenio arbitral, su validez formal, la capacidad de las partes para celebrarlo, las facultades de los representantes de las partes para someter una determinada disputa a arbitraje, o la clase de disputas que pueden ser resueltas mediante arbitraje (arbitrabilidad objetiva) se encuentran potencialmente reguladas por leyes diferentes⁸.

Este trabajo se enfoca exclusivamente en la cuestión relativa a la ley aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral, lo que incluye: su formación –es decir, la validez de la oferta y de la aceptación–, la existencia de vicios del consentimiento como el error, el dolo, la violencia y la intimidación, su terminación⁹, su interpretación y ámbito de aplicación y la determinación de las partes –signatarias o no– que están vinculadas por este¹⁰.

En primer lugar, analizo la interacción entre el Derecho internacional y las leyes nacionales respecto de la existencia y validez sustantiva del acuerdo arbitral. En efecto, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, la «Convención de Nueva York» o la «Convención») establece en su art. II ciertas reglas uniformes sustantivas y delega ciertos aspectos de la validez sustantiva del acuerdo arbitral a la regulación de los Estados Contratantes. El propósito de este primer capítulo es, por

7. *Ibid.*

8. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), pp. 489-490.

9. Berger, K.P., «Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?» en van den Berg, A.J. (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, Kluwer Law International, 2008, p. 322; Schramm, D. y otros, «Article II», en Kronke, H. y otros (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2016, p. 52; Wolf, R., «Article II(1), (2)», en Wolf, R. (ed), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Verla C.H. Beck oHG, 2012, p. 105.

10. Schramm, D y otros., «Article II», cit. (cita 8), p. 52; Wolf, R., «Article II(1), (2)», cit. (cita 9), p. 106.

un lado, explicar que la Convención establece una regla de conflicto uniforme que resulta aplicable tanto al momento de solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (art. V(1)(a)) como en las etapas procesales anteriores al dictado del laudo. Por el otro, demostrar que los Estados Contratantes no pueden regular la existencia y validez del convenio arbitral de forma discrecional ya que la Convención de Nueva York impone ciertos límites respecto de las causales de invalidez que pueden reconocer los Estados Contratantes.

En segundo lugar, me enfoco en la interpretación de la norma de conflicto uniforme que establece la Convención de Nueva York teniendo en cuenta también la jurisprudencia de aquellas jurisdicciones que, si bien no aplican la Convención en las etapas procesales previas a la emisión del laudo, aplican normas de conflicto similares que surgen del Derecho interno. En la medida en que las partes casi nunca establecen expresamente cuál es la ley aplicable al convenio arbitral, se ha discutido intensamente en los últimos años –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia– si la elección de la *lex contractus* constituye una elección tácita del derecho aplicable al acuerdo arbitral o si este debe regirse por la ley de la sede, en ausencia de elección expresa de las partes. En este capítulo, explico las principales decisiones emitidas por tribunales estatales en los últimos años –que tienden, en principio, a reconocer que la elección de la *lex contractus* constituye una elección tácita del derecho aplicable al convenio arbitral– y evalúo las críticas que estas decisiones han generado.

En tercer lugar, analizo dos enfoques alternativos a la norma de conflicto establecida en el art. V(1)(a) de la Convención. En este sentido, explico, por un lado, el enfoque del Derecho francés que elimina toda norma de conflicto en materia de existencia y validez del acuerdo arbitral, quedando este regido exclusivamente por reglas sustantivas independientes de todo Derecho nacional (salvo las normas de orden público internacional del Derecho francés). Por el otro, explico los alcances e implicancias del reconocimiento legislativo del principio de validación en jurisdicciones como España y Suiza.

En cuarto lugar, examino si existen diferencias relevantes en materia de la norma de conflicto aplicable cuando el planteamiento de inexistencia o invalidez del convenio arbitral se realiza ante el tribunal arbitral que, al no ser un órgano del Estado y carecer por ende de *lex fori*, no se encuentra vinculado por las normas de conflicto de la sede del arbitraje.

Por último, realizo un análisis crítico del estado del debate en materia del derecho aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral. A mi juicio, la regla por defecto que surge del art. V(1)(a) –la ley de la sede del arbitraje– solo puede ser dejada de lado cuando existe una elección expresa o una elección *clara e inequívoca* de las partes acerca del derecho aplicable a la cláusula arbitral. En este sentido, cuestiono la interpretación predominan-

te según la cual la elección de la *lex contractus* por las partes constituye una elección tácita del derecho que rige el convenio arbitral cuando las partes han elegido la sede del arbitraje en un país diferente al del país cuyo derecho rige el fondo de la disputa.

II. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS LEYES DOMÉSTICAS EN MATERIA DE EXISTENCIA Y VALIDEZ SUSTANTIVA DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ART. II(3) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La Convención de Nueva York se sustenta en dos pilares fundamentales: 1) el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y 2) la exigibilidad del convenio arbitral¹¹. Como advierte Fernández Armesto, mientras que el primer pilar se encuentra ampliamente desarrollado en los tres principales artículos de la Convención (III, IV y V), el segundo pilar –desarrollado en el art. II– presenta una redacción más confusa¹².

En lo que respecta específicamente a la exigibilidad del convenio arbitral, la Convención de Nueva York establece algunas reglas sustantivas uniformes y deja algunas cuestiones a la determinación de las leyes nacionales¹³. Se trata de reglas que aplican a los acuerdos de arbitraje que tienen un componente internacional¹⁴.

En este sentido, el art. II(1) de la Convención prescribe que:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá 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.

11. Fernández-Armesto, Juan, «Artículo II.3: La remisión de las partes al arbitraje», en Tawil, G y Zuleta, E. (eds), *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*, Abeledo Perrot, 2008, p. 286.

12. *Ibid.*

13. van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International, 1981, p. 123.

14. Si bien la Convención de Nueva York no define qué clase de acuerdos arbitrales se encuentran sometidos a los términos de la Convención, la visión predominante es que el art. II resulta aplicable a todo convenio arbitral relativo a una relación de naturaleza comercial y que tenga un componente internacional (Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), pp. 314-315; Schramm, D. y otros, «Article II», cit. (cita 9), p. 42. Ello incluye acuerdos de arbitraje con partes que tienen nacionalidades diferentes o domicilios en distintos países o acuerdos de arbitraje que involucran actividades comerciales que se extienden a más de un país. En este mismo sentido, véase *Gas Authority of India, Ltd. v. SPIE-CAPAG, S.A.*, (1993) (Delhi High Court, India), disponible en https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1367.

El art. II(1) de la Convención, si bien guarda silencio acerca de la ley aplicable al convenio arbitral, establece una regla sustantiva uniforme de validez presunta de todo convenio arbitral que encuadre en el ámbito de la Convención¹⁵.

Por su parte, el art. II(3) de la Convención de Nueva York expresa que:

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Como puede apreciarse, esta disposición establece otras dos reglas sustantivas uniformes de naturaleza internacional. En efecto, el art. II(3) prescribe la obligación del tribunal estatal a remitir a las partes al arbitraje y determina las causales por las cuáles el tribunal estatal podría rechazar esa remisión (que el acuerdo arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable)¹⁶.

Estas tres causales que autorizan a los tribunales a no remitir a las partes al arbitraje –si bien se encuentran redactadas de forma amplia a los fines de su aplicación en sistemas legales diferentes– deben ser interpretadas de forma restrictiva en virtud del sesgo de la Convención favorable a la ejecución de los laudos arbitrales por lo que la invalidez del convenio arbitral solo debe ser declarada cuando es manifiesta¹⁷.

La doctrina entiende que «nulo» significa que el acuerdo arbitral se encuentra afectado por alguna causal de invalidez desde su origen¹⁸. Ello implica la existencia de vicios del consentimiento respecto del convenio arbitral en sí mismo –y no del contrato principal–, tales como el error, el dolo, la violencia o intimidación. En cambio, la noción de «ineficacia» presupone un convenio arbitral válido pero que ha dejado de tener efectos legales¹⁹. Ello puede ocurrir por diversas razones: por revocación de las partes, por renuncia, por haberse ya resuelto la disputa ante jueces estatales o por un tribunal arbitral o por terminación del acuerdo arbitral²⁰. Finalmente, un convenio arbitral es «inaplicable» cuando el acuerdo arbitral es válido pero no puede ser ejecuta-

15. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 641-642.

16. van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention...*, cit. (cita 13), p. 123

17. Bishop, D. y otros, «The Null and Void Provision of the New York Convention», en Gailard, E. y Di Pietro, D., *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Awards*, Cameron May, 2008, p. 276; van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, cit. (cita 13), p. 155.

18. van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention...*, cit. (cita 13) p. 157.

19. van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention...*, cit. (cita 13), p. 158.

20. Robalino Orellana, J. y Marchán, J.M., «Acuerdo nulo, ineficaz o inaplicable (las cláusulas patológicas). El Artículo II(3) de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de

do porque existe una imposibilidad fáctica²¹, ya sea porque sus términos son excesivamente vagos, o la institución arbitral ha dejado de existir o no resulta claro de los términos del acuerdo a qué institución se refirieron las partes²². Es lo que se conoce como cláusulas patológicas.

Ahora bien, el art. II de la Convención no menciona en ningún lado cuál es la ley aplicable al acuerdo arbitral según la cual debe evaluarse si este es nulo, ineficaz o inaplicable. Por lo que resulta necesario analizar dos cuestiones. En primer lugar, si resulta aplicable de forma general –en cualquier etapa procesal– la norma de conflicto que establece el art. V(1)(a) de la Convención en cuanto prescribe que podrá denegarse el reconocimiento del laudo si el acuerdo arbitral «no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia». En segundo lugar, si la Convención impone algún tipo de límite sustantivo a los Estados Contratantes en la regulación de la invalidez del acuerdo arbitral mediante leyes domésticas.

En lo que respecta al primer punto, una interpretación sistemática de la Convención conduce a la aplicación analógica de la norma de conflicto establecida en el art. V(1)(a) en las etapas anteriores al dictado del laudo²³. Como explica Gary Born, resulta ilógico aplicar normas de conflicto diferentes a la validez del acuerdo arbitral dependiendo de la etapa procesal en la que esta es cuestionada²⁴. Ello resulta incompatible con la búsqueda de previsibilidad inherente a todo sistema de Derecho internacional privado, al régimen del arbitraje internacional ya la Convención de Nueva York²⁵. Además, la interpretación contraria conduce a resultados muy poco deseables en cuanto posibilita que un convenio arbitral sea declarado inicialmente válido en la etapa previa a la emisión del laudo y posteriormente –analizado desde la óptica de un derecho distinto– declarado inválido al momento del reconocimiento del laudo –o viceversa–²⁶.

las sentencias arbitrales extranjeras», en Tawil, G y Zuleta, E. (eds), *El Arbitraje Comercial Internacional...*, cit. (cita 10), p. 317.

21. González de Cossío, F., «Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual», en Tawil, G y Zuleta, E. (eds), *El Arbitraje Comercial Internacional...*, cit. (cita 11), p. 417.
22. Robalino Orellana, J. y Marchán, J.M. «Acuerdo nulo...», cit. (cita 20), pp. 318-319.
23. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 499; Lew, J., Mistelis, L & Kröll, S, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2001, 6-32, 6-55; Silberman, L., «*The New York Convention After Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law*», 38 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 42 (2009); van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention...*, cit. (cita 13), p. 126; Wilske, S. y Fox, T., «Article II(3)», en Wolf, R. (ed), *New York Convention...*, cit. (cita 9), p. 181.
24. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 497.
25. *Ibid.*
26. *Ibid.*

En lo que concierne al segundo punto, algunos tribunales estadounidenses han sostenido que la Convención no otorga a los Estados Contratantes un poder discrecional para determinar en sus leyes domésticas cuándo un acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable²⁷. De acuerdo con esta interpretación, si bien la Convención no define qué debe entenderse por nulo, ineficaz o inaplicable, estos términos deben ser interpretados de forma autónoma de acuerdo con los principios interpretativos del Derecho internacional. De lo contrario, los Estados Contratantes podrían fácilmente eludir su obligación de reconocimiento del acuerdo arbitral mediante definiciones de estas causales excesivamente amplias y localistas que desvirtúen por completo los fines de la Convención de «promover un trato uniforme de los acuerdos arbitrales internacionales y facilitar la ejecución»²⁸. En síntesis, esta interpretación consagra un principio de no discriminación²⁹.

En este sentido, la Corte de Apelaciones Federal del Tercer Circuito, en el caso *Rhone v. Lauro*, reconoció un acuerdo arbitral a pesar de que conforme a la ley italiana aplicable dicho acuerdo era inválido por no establecer un número impar de árbitros. La Corte de Apelaciones estadounidense sostuvo que, de conformidad con el art. II(3) de la Convención, un acuerdo arbitral es nulo solamente «cuando esté sujeto a una defensa internacionalmente reconocida como la coacción, el error, el fraude o la renuncia [...] o (2) cuando contravenga las políticas fundamentales del Estado del foro»³⁰.

De esta manera, los Estados Contratantes pueden delinear en sus leyes locales los requisitos de aplicación de las defensas contractuales internacionalmente reconocidas pero no pueden establecer causales de no reconocimiento del acuerdo arbitral puramente localistas³¹. Como señala Gary Born, el art. II(3) de la Convención no permite a los Estados Contratantes establecer que los acuerdos de arbitraje requieren una aprobación regulatoria previa como condición de su validez o exigir que los árbitros reúnan determinadas cualidades (como ser nacional del país o de determinada religión), o el uso de un determinado idioma³². Se trata –en todos estos casos– de requisitos puramente localistas que no encuadran en la noción de defensas contractuales internacionalmente reconocidas.

27. Véase, por ejemplo, *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F.2d 184 (1st. Circuit, Estados Unidos) (1982) y *Rhone Mediterranee v. Lauro*, 712 F.2d 50 (3d Circuit, Estados Unidos) (1983) (en adelante, *Rhone v. Lauro*).

28. *Rhone v. Lauro*, p. 54.

29. Nazzini, R., «The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles», en 65 *International and Comparative Law Quarterly* 681, 697 (2016).

30. *Rhone v. Lauro*, p. 53.

31. Born, G., *International Commercial...*, cit. (nota 5), p. 556. En sentido similar, véase Nazzini, R., «The Law Applicable...», cit. (nota 29), p. 702; Robalino Orellana, J. y Marchán, J.M. «Acuerdo nulo...», cit. (cita 20), p. 316.

32. Born, G., *International Commercial...*, cit. (nota 5), p. 558.

Del análisis anterior se desprende que: (i) la norma de conflicto que establece el art. V(1)(a) de la Convención debe ser aplicada independientemente de la etapa procesal en la cual se esté evaluando la existencia y validez sustantiva del acuerdo de arbitraje; y (ii) una interpretación de la Convención a la luz de los estándares interpretativos de Derecho internacional impide a los Estados contratantes extender el ámbito de las causales de invalidez, ineficacia e inaplicabilidad del convenio arbitral más allá de las defensas internacionalmente reconocidas y aceptadas.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK EN MATERIA DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

El art. V(1)(a) de la Convención de Nueva York establece que podrá denegarse el reconocimiento del laudo si el acuerdo arbitral «no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia». Como ya he explicado, esta norma de conflicto resulta aplicable también de forma analógica cuando se analiza la validez del acuerdo arbitral en las etapas previas al dictado del laudo, ya sea cuando se solicita la remisión de las partes al arbitraje o cuando se solicita el dictado de una orden de no entablar acciones judiciales (*antisuit injunction*).

El art. V(1)(a) establece una regla uniforme de Derecho internacional que, en principio, prevalece sobre cualquier otra norma de conflicto de naturaleza doméstica³³. La declaración de invalidez de un convenio arbitral basada en otro derecho distinto al que remite el art. V(1)(a) importaría una violación de la Convención³⁴. La única excepción sería que, por alguna razón, la solución impuesta por el derecho aplicable a la cláusula arbitral de acuerdo con la norma de conflicto del art. V(1)(a) fuese incompatible con el orden público internacional del foro en el que se busca el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral³⁵. Ello podría suceder en casos muy excepcionales como, por ejemplo, si el derecho aplicable autorizase la extensión del acuerdo arbitral a terceros no signatarios en casos donde de forma manifiesta no existe consentimiento alguno. En ese supuesto, el no reconocimiento del laudo podría sustentarse en el art. V(2)(b) de la Convención.

En algunas jurisdicciones, los tribunales estatales aplican las normas de conflicto de origen doméstico cuando tienen que evaluar la validez del acuerdo arbitral con anterioridad a la emisión del laudo. Ello sucede, por ejemplo,

33. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 3463.

34. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 3466.

35. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 3468.

en el Reino Unido en donde los tribunales aplican la regla del *common law* para la determinación del derecho aplicable en materia de obligaciones contractuales en general. De acuerdo con esta regla, los tribunales deben respetar la elección de las partes –expresa o implícita– y, en caso de ausencia de elección del derecho aplicable, se debe identificar el sistema jurídico con el que el contrato tiene una conexión más estrecha³⁶.

En todo caso, en la práctica ello no tiene demasiada relevancia porque como observó el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales en *Kabab-Ji v. Kout Food Group*, la regla del *common law* y la del art. V(1)(a) de la Convención es la misma ya que casi siempre el derecho de la sede del arbitraje es el sistema legal con el que el acuerdo arbitral tiene la conexión más estrecha³⁷.

1. LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL POR LAS PARTES

El art. V(1)(a) de la Convención establece, en primer lugar, que el acuerdo arbitral debe regirse por el derecho elegido por las partes. Se trata de una aplicación del principio de autonomía que es casi universalmente reconocido en el ámbito del Derecho comercial internacional³⁸. La Convención no exige vinculación alguna entre el derecho elegido por las partes y la transacción comercial³⁹.

Esta elección del derecho aplicable al acuerdo arbitral puede ser expresa o tácita⁴⁰. Si bien la Convención no lo aclara expresamente, el mismo texto de la Convención, al hacer referencia a que «nada se hubiere indicado», parece permitir la elección tácita⁴¹. En efecto, *a contrario sensu*, si «algo» las partes hubiesen indicado respecto del derecho aplicable a la cláusula arbitral, esa voluntad de las partes, aunque no sea expresa, debe ser reconocida. Además, esta interpretación es consistente con el tratamiento de la elección del derecho aplicable en general en el Derecho internacional privado⁴².

36. *Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S.A. v. Enesa Engenharia SA*, [2012] EWCA Civ. 638 (Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales), 9. (en adelante, *Sulamérica*).

37. *Kabab-Ji S.A.L. v. Kout Food Group*, [2020] EWCA Civ 6 (Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales), 40 (en adelante, *Kabab-Ji v. Kout Food*).

38. van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention...*, cit. (cita 13), p. 291.

39. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 564; Wilske, S. y Fox, T., «Article V(1)(a)», en Wolf, R. (ed), *New York Convention...*, cit. (cita 9), p. 275.

40. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 564; Wilske, S. y Fox, T., «Article V(1)(a)», cit. (cita 39), p. 275. En este mismo sentido, véase *Enka v. Chubb*, 129.

41. Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 565; Nascimento, P., «Article V(1)(a)», en Kronke, H. y otros (eds), *Recognition and Enforcement...*, cit. (nota 9), p. 224. En sentido similar, véase *Enka v. Chubb*, 129.

42. Véase, por ejemplo, el art. 3(1) del Reglamento (CE) No. 593/2008 del 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, «Reglamento Roma

1.1. La elección expresa del derecho aplicable al convenio arbitral

En la práctica, es muy poco frecuente que las partes establezcan expresamente cuál es el derecho aplicable al acuerdo arbitral⁴³. Por lo que la primera duda que se genera respecto de esta norma es si la elección que realizan las partes del derecho aplicable al contrato principal (*lex contractus*) puede ser considerada también como la «elección expresa» del derecho aplicable a la cláusula arbitral.

Al respecto, como ha señalado el Tribunal de Apelaciones de Singapur, la elección de un derecho aplicable al contrato principal no constituye, en sí misma, una elección *expresa* de la ley aplicable al acuerdo arbitral⁴⁴. En sentido coincidente, Fouchard, Gaillard, Goldman observan que, en muy pocas ocasiones, las partes piensan efectivamente acerca de la ley aplicable al acuerdo arbitral por lo que «sería ir demasiado lejos interpretar tales cláusulas [de elección del derecho aplicable al contrato principal] en el sentido de que contienen una elección expresa en cuanto a la ley que rige el acuerdo de arbitraje»⁴⁵. Como se explica en el siguiente apartado, el debate generalmente se centra en si la elección de la *lex contractus* constituye o no una elección táctica del derecho aplicable a la cláusula arbitral.

Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales señaló, en *Kabab-Ji v. Kout Food Group*, que si bien la cláusula del derecho aplicable al fondo no necesariamente comprende la cláusula arbitral, en algunos casos sí puede hacerlo, lo que dependerá del lenguaje del Contrato⁴⁶. En este caso, el contrato en cuestión establecía en su art. 1 que «este Acuerdo» incluía todos los términos del acuerdo que se establecen y en su art. 15 que «este Acuerdo» estaba regido por el Derecho inglés. De acuerdo con el Tribunal de Apelaciones, una interpretación conjunta de ambos artículos muestra que las partes eligieron de manera expresa que el acuerdo arbitral se rija por Derecho inglés⁴⁷. En efecto, si «este Acuerdo» comprende *todos* los términos del Contrato y si «este Acuerdo» se rige por el Derecho inglés, entonces la cláusula arbitral –que es uno de los términos del «Acuerdo»– se encuentra también gobernada por el Derecho inglés.

1») y el art. 4 de los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (en adelante, los *Principios de La Haya sobre Derecho Aplicable*).

43. Audit, B., «L'accord d'arbitrage international: conflits de lois et règles matérielles», en Ancel, M.E., y otros, *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 134; Born, G., *International Commercial...*, cit. (cita 5), p. 590; *Enka v. Chubb*, 43.

44. *BNA v. BNB and another*, [2019] SGCA 84 (Tribunal de Apelaciones, Singapur), 60-61 (en adelante *BNA v. BNB*).

45. Gaillard, E. & Savage, J. (eds), *Fouchard Gaillard Goldman...*, cit. (cita 5), p. 222.

46. *Kabab-Ji v. Kout Food*, 62.

47. *Ibid.*

De acuerdo con la opinión del Tribunal, el hecho que las partes hubiesen acordado que la sede del arbitraje fuese París carecía de relevancia ya que cualquiera fuese el impacto que dicha sede pudiese tener en materia de elección tácita del derecho aplicable al acuerdo arbitral, no puede afectar la elección expresa de las partes en el caso concreto⁴⁸.

1.2. La elección tácita del derecho aplicable al acuerdo arbitral

Una vez descartada la noción de que la elección del derecho aplicable al contrato principal constituye automáticamente la elección expresa del derecho aplicable al convenio arbitral, resulta necesario analizar si, en todo caso, puede ser entendida como una elección tácita.

Se trata de una cuestión que puede ser respondida fácilmente cuando el país cuyo derecho rige el contrato principal en virtud de la elección de las partes es también la sede del arbitraje. En ese supuesto, es claro que las partes han elegido tácitamente el derecho de ese país como ley aplicable al convenio arbitral⁴⁹. También puede ser respondida fácilmente cuando las partes no realizaron una elección expresa de la *lex contractus* pero sí fijaron la sede del arbitraje ya que en ese supuesto debe interpretarse que dicha elección de la sede importa una elección tácita de la ley de la sede como derecho aplicable al convenio arbitral⁵⁰. Y tampoco debería presentar muchas complicaciones el caso opuesto; es decir, cuando las partes no eligieron la sede del arbitraje pero eligieron la *lex contractus*. En este último supuesto, se debe interpretar que las partes han elegido tácitamente la ley aplicable al fondo del asunto para regir el acuerdo arbitral⁵¹.

En cambio, el caso se vuelve más complejo cuando: (i) las partes han elegido una sede del arbitraje diferente al país cuyo derecho las partes eligieron como ley aplicable al contrato principal y (ii) el derecho de la sede y el derecho aplicable al contrato principal llevan a resultados diferentes en materia de validez del convenio arbitral.

En principio, la posición mayoritaria tiende a asumir que la elección de la *lex contractus* es aplicable también al acuerdo arbitral⁵². En este sentido,

48. *Kabab-Ji v. Kout Food*, 65.

49. Bravo Abolafia, L., «La ley aplicable a la validez, interpretación y alcance del convenio arbitral: efectos sobre su extensión a los no signatarios», en *Spain Arbitration Review* No. 32, 2018, p. 53.

50. Glick, I. y Niranjan, V., «Choosing the Law...», cit. (cita 2), p. 142.

51. Nazzini, R., «The Law Applicable...», cit. (nota 29), p. 702.

52. Véase, por ejemplo, Bühler, M. y Webster, T., *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 3 ed., Sweet & Maxwell, 2014, 6-6; Lew, J.D.M., «The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause», en van den Berg, A.J., *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of the New York Convention*, Kluwer Law International, 1999, p. 143.

el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales sostuvo, en el célebre caso *Sulamérica*, que, si bien es posible que el contrato principal y el acuerdo arbitral se encuentren regidos por leyes diferentes, «es necesario comenzar por la asunción que, en ausencia de cualquier indicación en contrario, las partes quisieron que toda su relación contractual estuviese gobernada por el mismo sistema jurídico»⁵³.

Al analizar los factores que podían refutar esta presunción, el Tribunal de Apelaciones señaló que el mero hecho de que las partes hubiesen elegido como sede del arbitraje una jurisdicción distinta a la del derecho aplicable no constituía evidencia suficiente de que la intención de estas fuese la de elegir la ley de la sede como derecho aplicable al acuerdo arbitral⁵⁴. A los fines de alcanzar esta conclusión, el tribunal inglés relativizó la relevancia del principio de separabilidad en el análisis del derecho aplicable a la cláusula arbitral. Al respecto, el tribunal subrayó que este principio «simplemente refleja la intención presunta de las partes de que el procedimiento acordado de resolución de disputas siga siendo efectivo cuando existen circunstancias que tornan el contrato sustantivo inválido»⁵⁵ pero su reconocimiento no busca «aislar el acuerdo arbitral del contrato sustantivo para todos los fines»⁵⁶.

Más recientemente, el Tribunal Supremo del Reino Unido confirmó la doctrina *Sulamérica* en el caso *Enka v. Chubb*. Según el Tribunal, «cuando un contrato contiene una cláusula arbitral, es natural interpretar que la cláusula que establece el derecho aplicable, en la ausencia de buenas razones para la conclusión contraria, aplica a la cláusula arbitral por la simple razón de que la cláusula arbitral es parte del contrato, respecto del cual las partes acordaron que se rija por ese sistema legal específico»⁵⁷.

Asimismo, el Tribunal Supremo del Reino Unido afirmó que la razonabilidad de esta presunción general se justifica también porque: (i) genera una mayor certeza respecto del derecho aplicable, (ii) permite una mayor consistencia en cuanto un mismo sistema jurídico rige todos los derechos y obligaciones de las partes, (iii) evita tener que resolver cuestiones complejas que genera una relación contractual regida por más de un derecho, tales como dónde y cómo establecer el límite entre ambos sistemas jurídicos, d) evita una separación artificial entre la cláusula arbitral y el contrato principal y e) asegura una interpretación de la cláusula arbitral consistente con la de otras cláusulas análogas como la de elección del derecho aplicable o del tribunal estatal competente, respecto de las cuales se presume generalmente que están regidas por el dere-

53. *Sulamérica*, 11.

54. *Sulamérica*, 31.

55. *Sulamérica*, 26.

56. *Ibid.*

57. *Enka v. Chubb*, 43.

cho del contrato principal⁵⁸. El Tribunal aclaró, además, que esta presunción rige en la medida en que las partes hayan efectivamente elegido un derecho específico para regir su relación contractual⁵⁹. Si el contrato no contiene ninguna cláusula de derecho aplicable, entonces la presunción no opera.

En sentido coincidente, siguiendo el criterio establecido en *Sulamérica*, el Tribunal de Apelaciones de Singapur expresó en *BNA v. BNB* que la elección de una sede del arbitraje, en una jurisdicción distinta a la del derecho que rige el contrato principal, no es en sí misma suficiente para desplazar la presunción de que la ley aplicable al contrato principal es también la ley aplicable al acuerdo arbitral⁶⁰. Una posición similar ha sido seguida también por la Corte Suprema de India⁶¹.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre el enfoque de los tribunales británicos y el de Singapur. En *Sulamérica*, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales sostuvo que uno de los factores que deben tenerse en cuenta a los fines de refutar la presunción de que las partes buscaron regir el convenio arbitral por el mismo derecho que eligieron como aplicable para el contrato principal es la consecuencia que se sigue de esta presunción respecto de la validez del convenio arbitral⁶². Según el Tribunal de Apelaciones en *Sulamérica*, la elección del Derecho brasileño como derecho aplicable a la relación contractual sustantiva no constituía evidencia suficiente de una elección tácita de ese derecho respecto del convenio arbitral porque existía un riesgo serio de que la aplicación de ese derecho afectara la validez de la cláusula⁶³. En otras palabras, las partes no pueden haber tenido la intención de elegir un derecho que condujera a la invalidez del acuerdo arbitral. Esta regla de interpretación se conoce como principio de validación. El Tribunal Supremo del Reino Unido ratificó este enfoque en *Enka v. Chubb*:

«el principio de que las partes contratantes no pueden razonablemente haber querido que una cláusula relevante de su contrato, como la cláusula arbitral, sea invalidada es una forma de interpretación finalista, que busca interpretar los términos del contrato, en la medida de lo posible, de manera tal de dar cumplimiento [...] al propósito que las partes han tenido en cuenta»⁶⁴.

En cambio, el Tribunal de Apelaciones de Singapur sostuvo en *BNA v. BNB* que la intención de las partes de resolver sus controversias mediante

58. *Enka v. Chubb*, 53.

59. *Enka v. Chubb*, 170.

60. *BNA v. BNB*, 62.

61. *MS Indtel v. W.S. Atkins Rail Ltd.*, [2008] 10 SCC 308, 24 (Corte Suprema de India).

62. *Sulamérica*, 30.

63. *Sulamérica*, 31.

64. *Enka v. Chubb*, 106.

arbitraje no puede cumplirse «cueste lo que cueste»⁶⁵ por lo que esta regla de interpretación solo puede aplicarse cuando existe evidencia de que las partes eran «conscientes de que la elección del derecho aplicable a la cláusula arbitral podía tener un impacto en su validez»⁶⁶. En la medida en que dicha evidencia no existía en el caso concreto, el Tribunal concluyó que no correspondía aplicar dicha regla de interpretación.

Por último, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Supremo del Reino Unido en *Enka v. Chubb*, existe otro factor adicional que puede refutar la presunción de que las partes buscaron regir el convenio arbitral por el mismo derecho que eligieron como aplicable para el contrato principal: la existencia de una regla en la jurisdicción de la sede del arbitraje que establezca que cuando un arbitraje está sujeto a ese derecho, el acuerdo arbitral también va a estar regido por el derecho de ese país⁶⁷.

Otros tribunales han adoptado un enfoque diferente al de los tribunales del Reino Unido y de Singapur en lo que respecta a la elección expresa de la *lex contractus* como elección tácita del derecho aplicable al convenio arbitral. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Suecia, en el caso *Bulgarian Foreign Trade Bank v. A.I. Trade Fin.*, evaluó la validez del acuerdo arbitral desde la perspectiva del Derecho sueco –país sede del arbitraje– sin tener en cuenta el Derecho austríaco que había sido expresamente elegido por las partes como derecho aplicable al fondo del asunto⁶⁸.

Este rechazo a considerar la elección expresa de la *lex contractus* como elección tácita del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje es un enfoque que ha sido defendido también por Gary Born. Según este autor, no corresponde asumir que las partes intentaron regir el acuerdo arbitral por la *lex contractus* porque este acuerdo tiene una naturaleza y una finalidad fundamentalmente diferente al del contrato principal⁶⁹. Al respecto, Born subraya que el acuerdo arbitral busca establecer un mecanismo de resolución de disputas mientras que el contrato principal establece los términos comerciales de una transacción de naturaleza económica⁷⁰. Asimismo, Born agrega que la finalidad del acuerdo arbitral –dada su naturaleza de contrato procedimental– es justamente establecer los detalles de los aspectos procesales que se encuentran también regulados en la ley de la sede arbitral (como la constitución del tribunal

65. *BNA v. BNB*, 104.

66. *BNA v. BNB*, 90.

67. *Enka v. Chubb*, 174.

68. *Bulgarian Foreign Trade Bank v. A.I. Trade Fin., Inc.*, (Corte Suprema, Suecia) (2001), publicado en *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXVI, 2001, p. 293.

69. Born, G., *International Commercial Arbitration*. 3 ed., Kluwer Law International, 2020, § 4.04(A)(1)(b)(iv).

70. *Ibid.*

arbitral, los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros, el lenguaje del arbitraje, el procedimiento arbitral, la confidencialidad, etc.⁷¹. Por consiguiente, carece de sentido pensar que las partes pudieron haber querido que las mismas cuestiones procedimentales estuviesen reguladas por derechos de jurisdicciones diferentes⁷².

Algunos autores aclaran que esta interpretación de la elección de la sede arbitral como elección tácita del derecho aplicable al acuerdo arbitral opera en la medida en que las partes hubiesen efectivamente elegido la sede en su contrato⁷³. Si la sede es elegida por la institución o el tribunal arbitral con posterioridad al inicio de la controversia, no puede derivarse de esa elección el derecho aplicable al convenio arbitral.

2. EL DERECHO APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL EN AUSENCIA DE ELECCIÓN EXPRESA O TÁCITA DE LAS PARTES

En ausencia de elección expresa o tácita por las partes, el art. V(1)(a) de la Convención establece que el convenio arbitral se rige por la ley del país en el que se haya dictado el laudo. El lugar de dictado del laudo es la sede del arbitraje⁷⁴. El fundamento de esta solución es que el acuerdo arbitral se encuentra más estrechamente conectado con el lugar de ejecución del acuerdo arbitral que con cualquier otra jurisdicción⁷⁵.

Como ha señalado el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales en *Sulamérica*, el acuerdo arbitral tiene su conexión más estrecha con el derecho del país en el que el arbitraje tiene lugar y en el que los tribunales tienen jurisdicción para ejercer las funciones de apoyo y supervisión y así asegurar que el procedimiento sea efectivo⁷⁶.

En sentido coincidente, el Tribunal Supremo del Reino Unido identificó en *Enka v. Chubb* diversas razones para justificar la misma conclusión, amén de la importancia de adoptar una regla que sea consistente con la solución prevista en el art. V(1)(a). Al respecto, el Tribunal Supremo señaló, en primer término, que la sede del arbitraje es el lugar en el que legalmente se ejecuta el acuerdo arbitral⁷⁷. Según el Tribunal, el lugar de cumplimiento de las obligaciones sustantivas es irrelevante ya que no tiene una conexión relevante

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*

73. Glick, I. y Niranján, V., «Choosing the Law...», cit. (cita 1), p. 147; Nazzini, R., «The Law Applicable...», cit. (nota 29), p. 693.

74. Born, G., *International Commercial...*, cit. (nota 5), p. 3465; Wilske, S. y Fox, T., «Article V(1)(a)», cit. (nota 37), p. 276.

75. Nacimiento, P., «Article V(1)(a)», cit. (nota 41), p. 225.

76. *Sulamérica*, 31.

77. *Enka v. Chubb*, 121.

con el acuerdo arbitral, tal como lo confirma el hecho de que las partes frecuentemente eligen como sede una jurisdicción que carece de relación con el lugar de cumplimiento del contrato y a veces precisamente por esa razón⁷⁸. En segundo término, la adopción del derecho de la sede como regla en caso de ausencia de elección de las partes es que resulta compatible con las expectativas razonables de las partes, en particular cuando partes de distintas nacionalidades han elegido una sede arbitral neutral con la cual ninguna de las partes está conectada⁷⁹. Finalmente, es conveniente tener una regla clara en el supuesto de ausencia de elección del derecho aplicable al acuerdo arbitral por las partes ya que contribuye a una mayor certeza y permite a las partes predecir fácilmente qué derecho será aplicado por los tribunales⁸⁰.

3. LA EXISTENCIA DE ENFOQUES ALTERNATIVOS A LA NORMA DE CONFLICTO DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK

Algunos países han implementado un enfoque alternativo a la norma de conflicto que surge del art. V(1)(a) de la Convención de Nueva York. Lo que caracteriza a estos enfoques alternativos es que buscan reforzar la validez de la cláusula arbitral y facilitar su ejecución. A continuación explico dos de estos enfoques alternativos: el francés –que elimina la norma de conflicto– y el suizo y el español que consagran el principio de validación. A continuación explico cada uno de estos enfoques.

3.1. La eliminación de la norma de conflicto: el enfoque francés

Los tribunales franceses han desarrollado un enfoque particular en materia de derecho aplicable al acuerdo arbitral según el cual este se encuentra regido por reglas sustantivas independientes de todo derecho nacional.

En este orden de ideas, la Corte de Casación francesa sostuvo, en el caso *Dalico*, que «... la existencia y efectividad del acuerdo arbitral deben ser evaluadas, en la medida en que no se afecten las reglas imperativas francesas y el orden público internacional, sobre la base de la intención común de las partes, sin que sea necesario hacer alguna referencia a un derecho nacional...»⁸¹.

Como explican Fouchard, Gaillard y Goldman, esto implica que el acuerdo arbitral se rige exclusivamente por los principios básicos de justicia en el contexto internacional, según son entendidos por el sistema legal francés⁸².

78. *Enka v. Chubb*, 122.

79. *Enka v. Chubb*, 142.

80. *Enka v. Chubb*, 144.

81. *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Dalico*, (Tribunal de Casación Civil, Francia) (1993) publicado en 1994 *Revue de l'Arbitrage* 116.

82. Gaillard, E. & Savage, J. (eds), *Fouchard Gaillard Goldman...*, cit. (cita 5), p. 232.

Con lo cual, en realidad, las reglas sustantivas que rigen el convenio arbitral son reglas del derecho francés⁸³, con la particularidad que son reglas que se aplican en materia de arbitraje internacional y que su origen se encuentra en la práctica y en las exigencias de la comunidad empresarial internacional⁸⁴. De esta manera, el enfoque francés permite que el acuerdo arbitral no se vea afectado por las particularidades de un derecho estatal determinado⁸⁵.

Este enfoque francés, a diferencia del sistema delineado en la Convención de Nueva York, elimina la norma de conflicto en materia de derecho aplicable al convenio arbitral y priva de todo rol a los derechos nacionales en la determinación de cuándo un acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (con excepción de las reglas de orden público internacional del derecho francés).

En la medida en que el enfoque francés lleve a un resultado más favorable para la validez del laudo, que es el resultado más probable en la enorme mayoría de los casos, la no adopción en el derecho doméstico de la norma de conflicto establecida en el art. V(1)(a) de la Convención no importa en sí mismo una violación de la Convención ya que su art. VII establece que las disposiciones de la Convención no «privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque»⁸⁶.

3.2. El principio de validación como regla legislativa aplicable en Suiza y en España

El art. V(1)(a) de la Convención autoriza a los Estados Contratantes a no reconocer y ejecutar un laudo cuando el acuerdo arbitral es inválido en virtud del derecho elegido por las partes o, en su defecto, por el derecho de la sede del arbitraje. Ahora bien, como ya expliqué en el punto anterior, nada impide a los Estados Contratantes establecer como regla general el principio de validación garantizando así un régimen más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero que el establecido en la Convención⁸⁷.

Por ejemplo, el art. 178(2) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado establece que: «En lo que respecta a su sustancia, un acuerdo arbitral es válido si se ajusta a sea a: (i) la ley elegida por las partes o (ii) la ley que rige

83. Poudret, J.F y Besson, S., *Droit Comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, 2002, p. 147.

84. Nazzini, R., «The Law Applicable...», cit. (nota 29), p. 696.

85. Gaillard, E. & Savage, J. (eds), *Fouchard Gaillard Goldman...*, cit. (cita 5), p. 232.

86. Gaillard, E. & Savage, J. (eds), *Fouchard Gaillard Goldman...*, cit. (cita 5), p. 238.

87. Born, G., *International Commercial...*, cit. (nota 5), p. 502.

el fondo de la disputa, en particular el contrato principal, o (iii) al derecho suizo».

En sentido similar, el art. 9(6) de la Ley 60/2003 de Arbitraje de España establece que:

Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

La consagración legal del principio de validación otorga, sin dudas, mayor sustento jurídico a la aplicación de este principio que derivar su existencia de una interpretación de la intención presunta de las partes.

4. LA APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Además de los tribunales estatales, los tribunales arbitrales también se encuentran facultados para declarar la inexistencia o invalidez del acuerdo arbitral. De acuerdo con el principio de *Competence-Competence*, el tribunal arbitral tiene la atribución de pronunciarse acerca de su propia competencia si las partes cuestionan la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral. Esta atribución es reconocida en casi todas las leyes de arbitraje y constituye uno de los pocos principios transnacionales del arbitraje internacional⁸⁸.

Sin embargo, a diferencia de los tribunales estatales, el tribunal arbitral no es un órgano del Estado por lo que no tiene *lex fori*⁸⁹. Por lo tanto, el tribunal arbitral no se encuentra legalmente obligado a aplicar las normas de conflicto del lugar de la sede⁹⁰. En las leyes de arbitraje, no hay normas de conflicto que resulten expresamente aplicables para el tribunal arbitral. Por ejemplo, en la Ley Modelo de la CNUDMI, se establecen las normas de conflicto en materia de validez del acuerdo arbitral en los arts. 34(2)(a)(i) y 36(1)(a)(1), que resultan aplicables a la anulación y reconocimiento y ejecución de laudos respectivamente, pero nada se dice respecto de la norma de conflicto que debe aplicar el tribunal arbitral al resolver los planteos de falta de jurisdicción basados en la inexistencia o invalidez del acuerdo arbitral⁹¹.

88. Born, G., *International Commercial...*, cit. (nota 5), p. 1051; Kröll, S., «Party Autonomy in relation to Competence-Competence», en Ferrari, F. (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2016, p. 171.

89. Berger, K.P., «Re-Examining the Arbitration Agreement...», cit. (cita 9), p. 306; Bernardini, P., «Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause», en van den Berg, A.J., «*Improving the Efficiency...*», cit. (nota 52), p. 200.

90. *Ibid.*

91. *Ibid.*

En todo caso, el tribunal arbitral –en la medida en que tiene el deber de emitir un laudo válido y ejecutable– debería tener particularmente en cuenta las normas de conflicto establecidas en la ley de arbitraje de la sede a los fines de evaluar la existencia y validez del acuerdo arbitral en el marco del recurso de anulación⁹². En el caso de la Ley Modelo de la CNUDMI, esa norma de conflicto establecida en el art. 34(2)(a)(i) es idéntica a la establecida en el art. V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

Como se puede apreciar, la cuestión acerca de la ley aplicable a la existencia y validez del acuerdo arbitral ha generado opiniones y soluciones diversas y muchas veces contradictorias en distintos tribunales estatales. Ello genera confusión y mucha incertidumbre en los usuarios.

El punto de partida para alcanzar una mayor uniformidad en esta área –y así lograr una mayor certeza– es aplicar la Convención de Nueva York de una manera más consistente y uniforme en todas las etapas procesales, tanto antes como después del dictado del laudo. Como ya he señalado, una interpretación sistemática de la Convención debe llevar a la aplicación analógica de la norma de conflicto establecida en el art. V(1)(a) en las etapas anteriores al dictado del laudo. La aplicación de normas de conflicto establecidas en leyes domésticas –por más semejantes que resulten respecto de las establecidas en el art. V(1)(a) o por más favorables que resulten para la validez del acuerdo arbitral– solo contribuye a aumentar la incertidumbre y a afectar la previsibilidad en la determinación del derecho aplicable al acuerdo arbitral. La aplicación sistemática y consistente de la norma de conflicto del art. V(1)(a) de la Convención en los Estados Contratantes en todas las etapas procesales permitiría alcanzar una mayor uniformidad en la determinación del derecho aplicable a la existencia y validez del acuerdo arbitral.

Ahora bien, ello no resulta suficiente para eliminar el estado de incertidumbre que reina en esta área. La aplicación consistente y sistemática de la norma de conflicto prevista en el art. V(1)(a) de la Convención no conlleva necesariamente un consenso respecto de la interpretación de los alcances de esta norma.

Como ha sido explicado a lo largo de este trabajo, existen interpretaciones muy diversas acerca de los alcances de la primera parte del art. V(1)(a) que establece que el acuerdo arbitral se rige en primer lugar por el derecho elegido por las partes. A veces, la búsqueda de la intención de las partes por parte de los tribunales estatales respecto del derecho aplicable a la existencia y validez

92. Bernardini, P., «Arbitration Clauses...», cit. (nota 89), p. 200.

sustantiva del acuerdo arbitral se asemeja a la lectura de la borra de café. Cada uno ve lo que quiere ver.

El principal problema se genera cuando las partes han elegido una sede arbitral en una jurisdicción distinta a la del país cuyo derecho las partes eligieron como *lex contractus* y el convenio arbitral sería válido de acuerdo con el derecho de la sede e inválido según la *lex contractus* o viceversa. Muchas de las soluciones adoptadas por los tribunales estatales respecto de cuál derecho resulta aplicable en función de la intención presunta de las partes están pensadas en miras a salvaguardar el acuerdo arbitral de normas domésticas que establezcan soluciones localistas con causales de invalidez no universalmente reconocidas.

Al respecto, sería conveniente aplicar la interpretación de los tribunales estadounidenses del art. II (3) de la Convención de Nueva York según la cual la Convención no otorga a los Estados Contratantes un poder discrecional para determinar en sus leyes domésticas cuándo un acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Por lo tanto, solo corresponde declarar su invalidez cuando el acuerdo arbitral sea nulo en función de una causal de invalidez internacionalmente reconocida. De acuerdo con esta interpretación, el rol del derecho doméstico queda limitado a la determinación de los elementos pertinentes de cada una de esas causales de invalidez internacionalmente reconocidas. Ello reduce sustancialmente el problema de tener que aplicar leyes que contemplan causales de invalidez puramente localistas que resultan incompatibles con el deber de reconocer el acuerdo arbitral que surge del art. II(3) de la Convención.

En todo caso, el art. II(3) no elimina la necesidad de establecer qué derecho nacional resulta aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral. Aun en el ámbito de las causales de invalidez internacionalmente reconocidas existen diferencias sustanciales entre los derechos nacionales respecto de los presupuestos necesarios para invocar estas causales. Por ejemplo, en materia de terceros no signatarios, los tribunales del Reino Unido tienen una interpretación mucho más restrictiva que la de los tribunales franceses respecto de la existencia de un consentimiento implícito al acuerdo arbitral⁹³.

En lo que concierne a este punto, entiendo, una vez más, que resulta necesario volver a la Convención de Nueva York. La regla por defecto del art.

93. Véase, por ejemplo, las decisiones contradictorias adoptadas por los tribunales franceses e ingleses en el caso de *Kabab-Ji v.Kout Food Group*. Mientras que el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales rechazó el reconocimiento y ejecución del laudo por entender que no correspondía extender la cláusula arbitral a *Kout Food Group* (*Kabab-Ji S.A.L. v. Kout Food Group*, [2020] EWCA Civ 6 (Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales) el Tribunal de Apelaciones de París rechazó el pedido de nulidad del laudo (*Kabab-Ji v.Kout Food Group*, (Tribunal de Apelaciones, París) (2020)).

V(1)(a) es que la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral se rige por la ley de la sede. Se trata de una regla razonable, en caso de ausencia de elección del Derecho aplicable por las partes, dado que el acuerdo arbitral –en virtud de su naturaleza y finalidad– tiene su conexión más estrecha con el Derecho del lugar de la sede.

Esta regla por defecto del art. V(1)(a) de la Convención solo puede ser dejada de lado cuando existe una elección expresa o tácita del derecho aplicable a la cláusula arbitral. A los fines de determinar si existe una elección tácita del derecho aplicable, es necesario tener presente los principios generales de derecho internacional privado que exigen una elección *clara e inequívoca* de las partes. En este sentido, el art. 4 de los *Principios de La Haya sobre Derecho Aplicable* establece que la elección «debe efectuarse de manera expresa, o resultar *claramente* de las disposiciones del contrato o de las circunstancias»⁹⁴. En los Comentarios a los Principios, se destaca que debe «existir una intención *real* de ambas partes» no bastando «una intención *presunta* atribuida a las partes»⁹⁵. El mismo principio aparece recogido de forma expresa en las convenciones internacionales o en las regulaciones de alcance regional. Por ejemplo, el art. 3(1) del Reglamento Roma I establece que la elección debe ser expresa o «resultar de *manera inequívoca* de los términos del contrato o de las circunstancias del caso»⁹⁶. En sentido similar, el art. 7, inc. 1, de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales establece que el acuerdo de partes «debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse *en forma evidente* de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto»⁹⁷.

Entre las situaciones que podrían configurar una elección tácita del derecho aplicable, los *Principios de La Haya sobre Derecho Aplicable* destacan, por ejemplo, las siguientes: 1) cuando las partes emplean un formulario modelo basado un determinado sistema jurídico como la póliza de Lloyd's, en materia de seguro marítimo, basada en el derecho inglés⁹⁸; 2) cuando el contrato contiene una terminología característica de un determinado sistema jurídico o referencias a disposiciones de un país concreto que revelan que las partes quisieron someter el contrato al ordenamiento jurídico de dicho país⁹⁹.

Como puede observarse, el estándar para inferir una elección tácita del derecho aplicable es particularmente alto¹⁰⁰. Por consiguiente, a diferencia de

94. Énfasis añadido.

95. *Principios de La Haya sobre Derecho Aplicable*, Comentario 4.6. Énfasis añadido.

96. Énfasis añadido.

97. Énfasis añadido.

98. *Principios de La Haya sobre Derecho Aplicable*, Comentario 4.9.

99. *Principios de La Haya sobre Derecho Aplicable*, Comentario 4.10.

100. Hook, M., *The Choice of Law Contract*, Hart Publishing, 2016, p. 149.

la posición desarrollada por los tribunales del Reino Unido, entiendo que la mera inclusión de una cláusula sobre derecho aplicable al fondo del asunto no debe ser considerada suficiente a los fines de concluir que las partes han realizado una elección *clara e inequívoca* del derecho aplicable al acuerdo arbitral cuando las partes han fijado la sede del arbitraje en un país diferente al del país de la *lex contractus*.

En efecto, hay una fuerte tensión entre reconocer, por un lado, que el acuerdo arbitral tiene su conexión más estrecha con la sede del arbitraje y, al mismo tiempo, sostener que la elección de la *lex contractus* constituye una elección tácita –es decir, *clara e inequívoca*– del derecho aplicable a la existencia y validez del convenio arbitral cuando las partes fijaron la sede del arbitraje en una jurisdicción diferente a la de la *lex contractus*. Si el acuerdo arbitral tiene una naturaleza y una finalidad manifiestamente diferente a la del contrato principal –como lo reconoce expresamente el Tribunal de Apelaciones en *Sulamérica*¹⁰¹ y lo ratifica el Tribunal Supremo del Reino Unido en *Enka v. Chubb*– no puede entonces concluirse que la intención real, *clara e inequívoca* de las partes fue regir el acuerdo arbitral por la *lex contractus* si estas fijaron la sede del arbitraje en un país diferente al país cuyo derecho rige el fondo de la controversia. Si son contratos esencialmente distintos, la elección del derecho aplicable al fondo no puede sin más trasladarse al acuerdo arbitral.

Por último, el reconocimiento legislativo del principio de validación –como en Suiza y en España– elimina muchos de los problemas que presenta la discusión respecto del derecho aplicable al acuerdo arbitral. Sin embargo, su aplicación se encuentra limitada a los procedimientos de reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros en dicha jurisdicción. Lo mismo puede decirse del enfoque francés, en cuanto a que su utilidad se encuentra limitada a aquellos casos en que se busque obtener el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en Francia.

V. CONCLUSIÓN

En síntesis:

- i. Resulta necesario tener en cuenta las reglas uniformes de naturaleza internacional que se derivan de la Convención de Nueva York en materia de derecho aplicable al acuerdo arbitral. La Convención establece en su art. V(1)(a) una regla uniforme de derecho internacional que, en principio, prevalece sobre cualquier otra norma de conflicto de naturaleza doméstica y que debe ser aplicada en todas las etapas procesales;
- ii. La regla por defecto que surge de este art. V(1)(a) –la ley de la sede del

101. Véase lo explicado en la Introducción de este trabajo.

- arbitraje— solo puede ser dejada de lado cuando existe una elección expresa o una elección *clara e inequívoca* de las partes acerca del derecho aplicable a la cláusula arbitral.
- iii. Esta elección puede considerarse *clara e inequívoca* en los siguientes supuestos:
- a) cuando el país cuyo derecho rige el contrato principal en virtud de la elección de las partes es también la sede del arbitraje;
 - b) cuando las partes no realizaron una elección expresa de la *lex contractus* pero sí fijaron la sede del arbitraje;
 - c) cuando las partes no eligieron la sede del arbitraje pero eligieron la *lex contractus*.
- iv. En cambio, la elección de la *lex contractus* por las partes no constituye una elección *clara e inequívoca* del derecho que debe regir el convenio arbitral cuando las partes han elegido la sede del arbitraje en un país diferente al del país cuyo derecho rige el fondo de la disputa. En este supuesto, debe aplicarse la regla por defecto que establece el art. V(1) (a).
- v. Al aplicar el derecho que resulta de la norma de conflicto del art. V(1) (a) es necesario tener siempre presente que la Convención establece en su art. II(3) límites sustanciales a la facultad de los Estados Contratantes de determinar cuándo un laudo es nulo, no pudiendo estos establecer causales de invalidez del acuerdo arbitral puramente localistas que no resulten reconocidas internacionalmente.
- vi. La Convención de Nueva York —en virtud de lo establecido en su art. VII— permite a los Estados Contratantes determinar como regla general el principio de validación garantizando así un régimen más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero que el establecido en la Convención. Pero el ámbito de aplicación de ese principio queda limitado al reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros en dicha jurisdicción.
- vii. Los tribunales arbitrales, si bien no tienen *lex fori* y por lo tanto no se encuentran obligados a aplicar las normas de conflicto de la sede, tienen el deber de emitir un laudo válido y ejecutable por lo que no deberían ignorar las normas de conflicto en materia de existencia y validez sustantiva del acuerdo arbitral en la ley de la sede.