

Spain Arbitration Review

Revista del Club Español del Arbitraje

ARTÍCULOS

There and back again: ¿de vuelta a la litigación para disputas transfronterizas?

Clàudia Baró Huelmo

Rechazado nuevo ataque contra el TAS

Beatriz Restrepo y Giulio Palermo

Aplicación de las reglas de la IBA sobre prueba al proceso arbitral uruguayo

*Ricardo Olivera García /
Laura Chalar Sanz*

La ley aplicable a la validez, interpretación y alcance del convenio arbitral: efectos sobre su extensión a los no signatarios

Luis Bravo Abolafia

La tutela de los derechos contractuales en el arbitraje internacional ante la interferencia de terceros

*Sara María Moreno Sánchez /
Karl Wilhelm Conrads Araya*

La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa del art. V.1 e) de la CNY: comentario del Auto 3/2017, de 14 de febrero, dictado por el TSJM

Javier Íscar de Hoyos

Precedente judicial: los árbitros no son considerados como autoridad para efectos del juicio de amparo

Cecilia Flores Rueda

40 Under 40. International Arbitration, C. González-Bueno (ed.), A Mourre (prologue), Madrid (2018): a review

By Aníbal Sabater

Moot Madrid: diez años de historias

*M^a del Pilar Perales Viscasillas /
David Ramos Muñoz /
Tatiana Arroyo Vendrell*

LA LEY APLICABLE A LA VALIDEZ, INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL CONVENIO ARBITRAL: EFECTOS SOBRE SU EXTENSIÓN A LOS NO SIGNATARIOS

Luis Bravo Abolafia¹

Abstract: *The selection of the law applicable to the arbitration agreement is one of the most controversial issues discussed in international arbitration. Many authorities and case law have supported different criteria to be applied as a general rule.*

Particularly, the determination of the law governing the agreement to arbitrate becomes a serious concern when the lex contractus and the lex arbitri selected by the parties differ.

The purpose of this paper is to analyze the most relevant positions upheld by the authorities with the aim of drawing some general conclusions that could be applied in those cases where there is not a clear solution to be implemented.

This study will examine the conflict-of-law rules related to the lex causae and the lex arbitri selected by the parties, as it may be used as a source for determining the implied choice made by the parties to a contract.

In addition, the law governing the contract to arbitrate may establish different requirements with regard to its formal validity. Consequently, the selection of the law applicable to the arbitration agreement may have a deep impact on the validity and extension of the contract to arbitrate to non-signatories.

1. Introducción

Una de las cuestiones más problemáticas y controvertidas que se discuten en el campo del arbitraje internacional es la determinación de la ley aplicable a la validez, interpretación y alcance del convenio arbitral como contrato independiente de aquél en el que se inserta -principio de separabilidad-.

Se trata de una materia de especial importancia, dado que el resultado alcanzado influye -o puede influir- de forma decisiva en la validez de la cláusula arbitral, así como en su extensión a terceros no signatarios o a contratos interrelacionados.

En este sentido, en caso de que el tribunal arbitral establezca que la ley que rige la validez, interpretación y alcance del contrato de arbitraje no permite su extensión a terceros no signatarios -o contratos relacionados-, no resultaría posible aplicar ninguna de las teorías que permiten dicha extensión -grupo de contratos, grupo de sociedades, *estoppel*, etc.-.

Además, es posible que un contrato de arbitraje sea válido de acuerdo con la ley de un determinado país, pero no lo sea aplicando las normas jurídicas de otro dis-

1 Abogado en inARB. En la elaboración de este artículo, el autor se ha beneficiado de los comentarios y consejos de distintos compañeros y amigos que han contribuido a enriquecer y mejorar el presente trabajo. En particular, quisiera expresar mi sincero agradecimiento a D. Segumundo Navarro, D. Vicente Sierra, Dña. Yaiza Araque, D. Peter A. Barna y a D. Joao P. Biazzi, quienes muy generosamente han dedicado su tiempo a la lectura de este estudio y a trasladarme sus impresiones. Por último, no puedo concluir esta nota sin expresar mi gratitud y reconocimiento hacia Dña. Beatriz Martínez González, a quien debo agradecerle, en gran parte, mi formación como abogado. Todos los errores que pueda contener este artículo son de mi exclusiva responsabilidad.

tinto. En consecuencia, este punto se revela esencial para que el tribunal arbitral pueda emitir un laudo que decida sobre el fondo del asunto.

Pese a la importancia que sin duda puede llegar a tener esta cuestión, en la práctica, es muy habitual que las partes de un contrato no designen de forma expresa la ley aplicable al convenio arbitral, así como que únicamente acuerden la *lex contractus* y la sede del arbitraje.

La situación descrita en el párrafo precedente presenta los siguientes caracteres: (i) es un problema que surge de forma recurrente en las disputas transnacionales, (ii) resulta extremadamente complicado proporcionar certidumbre sobre la ley que será considerada aplicable, y (iii) afecta de forma sustancial a la validez, interpretación y alcance de la cláusula compromisoria.

Con carácter previo al estudio de la auténtica cuestión controvertida -la ley aplicable al convenio de arbitraje cuando *lex contractus* y *lex arbitri* difieren-, conviene mencionar dos casos en los que la determinación de la ley que rige esta materia no es discutida, esto es, cuando (a) las partes han elegido expresamente la ley aplicable al contrato de arbitraje, y/o, cuando (b) la *lex causae* y la *lex arbitri* coinciden.

Por otro lado, en aquellos casos en los que no se dan ninguno de los dos escenarios anteriores, la doctrina jurídica y la jurisprudencia internacional han abordado este problema defendiendo posturas contrapuestas. Hasta tal punto, que, actualmente, no existe una solución que pueda ser generalmente aplicada, y, como es sabido, tampoco existe una posición mayoritaria que pueda ser adoptada de forma preferente.

El objeto de este estudio es la exposición de la cuestión descrita, así como de las posiciones más relevantes sostenidas por la actual doctrina y jurisprudencia internacional, con el propósito de extraer algunos principios o reglas que puedan ser generalmente aplicados.

2. El problema de la elección de la ley aplicable al convenio de arbitraje

Cuando las partes de un contrato internacional negocian su contenido, es habitual que designen expresamente la ley que gobierna el fondo del asunto -la *lex contractus*-. De igual forma, cuando deciden establecer que el arbitraje sea el mecanismo de resolución de disputas, suelen elegir también la sede del arbitraje, lo que, a su vez, determina la ley aplicable al procedimiento arbitral².

No obstante, si bien las partes de un contrato tienden a elegir tanto la *lex causae* como la sede del arbitraje -y, por tanto, la *lex arbitri*- es mucho menos común que realicen una selección expresa de la ley aplicable al contrato de arbitraje. Este vacío lleva a un alto grado de incertidumbre que ha tratado de ser llenado por la doctrina y la jurisprudencia internacional.

2 M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, p. 64; O. CHUKWUMERIJE, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books, 1994 pp. 77-85; A. REDFERN y M. HUNTER, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, p. 160; y P. KARREK, *The law applicable to the arbitration agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel*, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, pp. 849 y 857.

Conviene referirnos a lo afirmado por CHUKWUMERIJE³ con respecto del ámbito de aplicación de la ley aplicable al convenio:

«The law applicable to the arbitration agreement should be distinguished from the law governing the capacity of the parties to arbitrate (subjective arbitrability) and the amenability of the subject matter of a dispute to arbitration (objective arbitrability). The law governing the arbitration agreement applies to limited issues of consent (such as whether or not the agreement was induced by fraud, misrepresentation, or undue influence); and the interpretation, effect, and scope of an arbitration agreement»

(Énfasis añadido)

Con arreglo a lo anterior, la ley que regule el contrato de arbitraje será la que resulte aplicable a su interpretación, efectos y alcance.

2.1. Situaciones no controvertidas

Antes de entrar a analizar las dificultades relativas a la selección de la ley aplicable al convenio arbitral, es necesario referirnos brevemente a dos casos en los que ésta puede ser determinada sin dificultad: (i) las partes han elegido expresamente la ley aplicable al convenio, y/o (ii) la *lex contractus* y la *lex arbitri* no difieren.

2.1.1. Las partes eligieron expresamente la ley que rige el convenio arbitral

El art. V de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la "CNY") establece se podrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo en el caso de que el acuerdo de arbitraje no sea "*válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido*".

En términos idénticos se expresa el art. 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (la "LM 2006").

La posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable al convenio de arbitraje resulta incontrovertida en el arbitraje internacional, tal y como ha defendido la doctrina más autorizada⁴.

2.1.2. La *lex arbitri* coincide con la ley que rige el contrato principal

El segundo caso al que debemos referirnos es aquel en el que la ley de la sede del arbitraje y la ley del contrato principal no difieren.

Cuando se trata de concretar la ley aplicable la cláusula arbitral como contrato independiente -principio de separabilidad-, la doctrina y jurisprudencia siempre han discutido entre dos posibilidades: (i) la *lex contractus*, y (ii) la *lex arbitri*.

3 O. CHUKWUMERIJE, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books, 1994, p. 34.

4 G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2012 (Primera Edición), p. 55; N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 166; P. KARRER, *The law applicable to the arbitration agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel*, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, p. 861.

En este sentido, REDFERN y HUNTER⁵ han afirmado que:

«[...] it would be sensible, in drafting a submission agreement, to make clear what law is to apply to that agreement.

*If no such express designation has been made, and it becomes necessary to determine the law applicable to the agreement to arbitrate, what are the choices? There are other possibilities, **but the principal choice** -in the absence of any express or implied choice by the parties- **appears to be between the law of the seat of the arbitration and the law which governs the contract as a whole.**»*

(Énfasis añadido)

De la misma forma se pronunció Longmore LJ en el caso C v D⁶:

«" ... it has, I believe, been generally accepted that in an arbitration case with a foreign element, three systems of law are potentially relevant. Namely: (i) The law governing the substantive contract. (ii) The law governing the agreement to arbitrate, and the performance of that agreement. (iii) The law of the place where the reference is conducted: the lex fori.

In the great majority of cases, these three laws will be the same. But this will not always be so. It is by no means uncommon for the proper law of the substantive contract to be different from the lex fori; and it does happen, although much more rarely, that the law governing the arbitration agreement is also different from the lex fori [...].»

La relevancia de ambas posibilidades ha sido largamente comentada por la doctrina: BORN ha subrayado la importancia de la ley de la sede como uno de los principales criterios⁷. Por otro lado, la ley del contrato principal es ampliamente aceptada como la principal alternativa, dado que algunos autores afirman que la ley que debe regir el contrato de arbitraje es la *lex causae*⁸.

Algunos reglamentos de instituciones arbitrales, como el de la London Court of International Arbitration ("**LCIA**"), se decantan expresamente por aplicar la ley de la sede en ausencia de elección realizada por las partes -art. 16(4)⁹-.

5 N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 166.

6 C v D [2007] EWHC 1541 (Comm) vía Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A [2012] EWCA Civ 638 (Corte de Apelación).

7 G. BORN, International Arbitration: Law and Practice, Wolter Kluwers, 2012 (Primera Edición), p. 56.

8 L. GRAFFI, The law applicable to the validity of the arbitration agreement: A practitioner's view contenido en F. FERRARI y S. KRÖLL, Conflict of Laws in International Arbitration, Sellier. European Law Publishers, 2011, p. 62.

9 Véase el art. 16(4) del Reglamento de la LCIA: «The law applicable to the Arbitration Agreement and the arbitration shall be the law applicable at the seat of the arbitration, unless and to the extent that the parties have agreed in writing on the application of other laws or rules of law and such agreement is not prohibited by the law applicable at the arbitral seat».

La posibilidad de considerar tanto la ley de la sede del arbitraje como la ley que rige el fondo del asunto, en aplicación del criterio de la conexión más estrecha, también ha sido mantenida por CHUKWUMERIJE¹⁰.

Además, tanto el art. 178 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado (la “LSDIP”) como el art. 9.6 de la Ley de Arbitraje española (la “LA”) tienen en consideración la ley del fondo del asunto y la ley de la sede.

Lord Neuberger MR también se refirió a estas dos opciones en el conocido caso *Sulamérica*¹¹:

«[...] it is, at least at first sight, surprising that it is by no means easy to decide in many such cases whether the proper law of the arbitration agreement is (i) that of the country whose law is to apply to the contract or (ii) that of the country which is specified as the seat of the arbitration.»

(Énfasis añadido)

Por lo tanto, tratándose de las dos alternativas posibles -en ausencia de elección expresa de las partes-, resulta pacífico que en el supuesto de que la *lex contractus* y la ley de la sede no difieran, el convenio arbitral se regirá por esta ley.

Por otro lado, pueden citarse algunas opciones distintas a las dos señaladas, como la elección *implícita* de las partes -modelo francés¹² o reciente jurisprudencia inglesa¹³- o la combinación de varios enfoques -como ocurre en el modelo suizo¹⁴-. No obstante, estas posibilidades no conforman alternativas específicas que sean distintas de la *lex contractus* y de la ley de la sede, ya que no se refieren al resultado, sino al criterio que debe ser utilizado con el propósito de establecer la ley que rige la cláusula arbitral.

Otras autoridades han refrendado que la ley aplicable al convenio es la ley del foro donde pretenda ser ejecutado el laudo. Sin embargo, esta posibilidad ha sido superada en favor de otras opciones¹⁵.

2.1.3. Resultados preliminares

Llegados a este punto, puede ser conveniente señalar algunos de los pilares fundamentales que deben ser tenidos en cuenta de cara a abordar el fondo de la cuestión.

10 O. CHUKWUMERIJE, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books, 1994, p. 38.

11 *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638.

12 N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 172-173.

13 *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 2 All ER 1 (Comm); y *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustrisi AS v VSC Steel Company Ltd* [2013] EWHC 4071 (Comm).

14 N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 173; y P. KARRER, *The law applicable to the arbitration agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel*, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, p. 852.

15 G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2012 (Primera Edición), p. 55

Primero, un contrato mercantil internacional puede estar regido por diferentes leyes.

Segundo, también resulta incontrovertido que las dos principales leyes que deben ser tenidas en cuenta cuando las partes no han elegido expresamente la ley aplicable al convenio, son la *lex contractus* y la ley de la sede.

Tercero, parte de la doctrina y jurisprudencia interpretan que el acuerdo de arbitraje es una cuestión arbitral, y, por tanto, teniendo en cuenta el principio de separabilidad, la ley que guarda la conexión más estrecha con el contrato arbitral es la *lex arbitri*¹⁶.

Por otro lado, otro sector doctrinal y jurisprudencial parte de la base de que la cláusula compromisoria es un contrato, al igual que el contrato principal en el que se inserta, de forma que se trata de una materia sustantiva y no procesal. La consecuencia de este entendimiento es que la ley aplicable al convenio es la *lex causae*, dado que se trata de la ley más estrechamente relacionada con las cuestiones sustantivas¹⁷.

Cuarto, estas dos posibilidades no implican que la única opción válida sea analizar, de forma independiente, cuál de las propuestas es la más acertada. Debemos considerar, al menos, un tercer elemento: la elección implícita de las partes.

Esta consideración debe hacerse sin olvidar que, tradicionalmente, la mayor parte de la doctrina se ha decantado por utilizar criterios *objetivos* generalmente aplicables, en los que ha discutido si es la ley del fondo del asunto o la ley de la sede la que guarda la conexión más estrecha con el convenio arbitral.

No obstante, puede resultar inadecuado apoyarse enteramente en este criterio *objetivo* y *generalmente aplicable*, consistente en establecer, de forma teórica, la ley que guarda la conexión más estrecha con el contrato de arbitraje.

Por el contrario, resulta más razonable y prometedor analizar estas posibilidades junto con la interpretación de la elección implícita de las partes, como abordaremos más adelante.

2.2. Efectos sobre la interpretación, alcance y extensión de la cláusula arbitral

2.2.1. Doctrinas que habilitan la extensión del convenio arbitral

No es el propósito de este artículo el estudio de la muy compleja cuestión relativa a la extensión del contrato de arbitraje.

Únicamente haremos referencia de forma genérica a aquellas doctrinas que han sido ampliamente analizadas desde 1980 por la jurisprudencia -p. ej., *Dow Chemi-*

16 Véase, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos: P. KARRER, The law applicable to the arbitration agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel, Singapore Academy of Law Journal, 2014, p. 861; Laudo ICC caso núm. 6162/1990, Consultant (France) v. Egyptian Local Authority, en XVII Yearbook Commercial Arbitration 153 (Albert Jan van den Berg, ed., 1992); así como varias posturas interpretando el art. 34(2) LM 2006 y art. V(1) a) CNY.

17 J. LEW, The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, ICCA Congress Series núm. 14, 1998, París, vía N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 167; y véase también nota al pie núm. 8.

*cal*¹⁸ o *Kis France*¹⁹, - y la doctrina -HANOTIAU²⁰ o DERAINS²¹, entre muchos otros²²-.

En cambio, sí resulta de gran relevancia extraer el elemento que todas estas doctrinas tienen en común: la voluntad implícita de las partes.

Con carácter previo, es suficiente con señalar que existen diferentes teorías que permiten la extensión del convenio a terceras partes no signatarias, o a contratos interrelacionados, como es el caso de: (i) el grupo de sociedades, (ii) el grupo de contratos, (iii) *estoppel*, (iv) levantamiento del velo, (v) cesión, agencia y sucesión, e (vi) incorporación por referencia²³.

Como es sabido, el consentimiento es el alma del arbitraje, al tratarse de una institución privada y voluntaria, como ha sido descrito por MOSES²⁴:

«In light of the important rights that are extinguished when the parties agree to arbitrate, the validity of the arbitration agreement is critical. Arbitration is a creature of consent, and that consent should be freely, knowingly, and competently given»

(Énfasis añadido)

En relación con la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, BHARUCHA, JAISINGH y GUPTA²⁵ también han resaltado la importancia capital que debe darse a la voluntad implícita de las partes:

-
- 18 Laudo ICC 4131/1982, *Dow Chemical France v ISOVER Saint Gobain (France)*.
 - 19 Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 31 de octubre de 1989, *Société Kis France et autres v Société Générale et autres*.
 - 20 B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005.
 - 21 Y. DERAINS, *L'extension de la clause d'arbitrage aux non-signatories-la doctrine des groupes de sociétés*.
 - 22 Por ejemplo, I. FADLALLAH, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés in Travaux du Comité français de droit international privé 1984-85*, at 105, 1987; o H. AGUILAR, *La Extensión de la Cláusula Arbitral a los Componentes de un Grupo de Sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2001.
 - 23 Sentencia de la Corte de Apelación de Estados Unidos, Segundo Circuito, de 24 de agosto de 1995, *Thomson CSF v. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp*; N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), pp. 99-106; véase también nota al pie núm. 20, 21 y 22.
 - 24 M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, p. 21; en el mismo sentido, N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), pp. 1-2: «Parties who are in dispute agree to submit their disagreement to a person whose expertise or judgment they trust. They each put their respective cases to this person –this private individual, this arbitrator- who listen, considers the facts and the arguments, and then makes a decision. That decision is final and binding on the parties; and it is binding because the parties have agreed that it should be, rather than because of the coercive power of any State». Por último podemos referirnos a G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2012 (Primera Edición), p. 4: «It is elementary that “arbitration” is a consensual process that requires the agreement of the parties [...]».
 - 25 M. B. BHARUCHA, S. JAISINGH y S. GUPTA, *The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories – A Global Perspective*, *Indian Journal of Arbitration Law*, 2016, Vol. 5, Cuestión 1, pp. 35-36.

*«Founded on the principle of l'autonomie de la volonté, arbitration law finds its sanction in the **consent of parties**. This is so much so that the **Supreme Court of Texas** has described "consent" as the "first principle" of arbitration. This consent is found in the arbitration agreement entered into by the parties. It is for this reason that the position of non-signatories to arbitration agreements has led to much debate in the arbitration world.*

*The importance of consent in arbitration proceedings may be gauged by the adumbration of the **United States ["U.S."] Supreme Court in Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds International Corp.** wherein it stated that arbitration "is a matter of consent, not coercion". Accordingly, when interpreting an arbitration agreement, efforts must be made to give effect to the parties' **common intention rather than being restricted to the literal wordings used in the agreement.**»*

(Énfasis añadido)

Por lo tanto, resulta incontrovertido que el consentimiento -expreso o implícito- de las partes es un elemento que tiene una importancia fundamental en la extensión del convenio arbitral.

Las distintas teorías de extensión del convenio establecen una serie de requisitos que permiten determinar la existencia de este consentimiento. Sin embargo, no puede olvidarse que el cumplimiento estricto de estos requisitos no puede ser desgañado de la averiguación de la auténtica voluntad de las partes, ya que los requisitos establecidos jurisprudencialmente no constituyen una finalidad en sí misma, sino un medio para conocer cuál fue la intención de los contratantes en un determinado caso.

Sobre la base de lo anterior, puede afirmarse que el elemento común que tienen todas estas teorías es que las partes implicadas han emitido algún tipo de consentimiento implícito o tácito para que la controversia pueda ser resuelta mediante arbitraje.

Por lo tanto, debe seguirse un enfoque global a la hora de analizar si la intención de las partes en una determinada controversia fue la de extender o no la cláusula arbitral. Esto se traduce en que la elección -expresa o implícita- de la ley aplicable al contrato de arbitraje debe ser considerada coherentemente con la posibilidad de extender el convenio.

La afirmación anterior constituye uno de los pilares fundamentales de este trabajo, como veremos en posteriores secciones.

2.2.2. Evolución del arbitraje internacional

De forma paralela a lo señalado en el epígrafe precedente, debemos detenernos analizando la evolución del arbitraje en relación con la extensión de la cláusula arbitral en los últimos sesenta años.

Durante la mayor parte del siglo anterior, el arbitraje nacía con la manifestación de la voluntad expresa de las partes para elegir este método alternativo de resolución de disputas. Entre los requisitos para la validez la cláusula compromisoria estaba que el contrato se formalizara por escrito, para que los contratantes dejaran constancia de su voluntad expresa mediante la firma del convenio.

Un buen ejemplo de esta realidad se encuentra en el art. II de la CNY:

« 1. 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.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, **firmados por las partes** o contenidos en un canje de cartas o telegramas. »

(Énfasis añadido)

El mismo enfoque es seguido en el art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (la “LM 1985”).

Este planteamiento tradicional y restrictivo no se limita a exigir que el convenio arbitral sea redactado por escrito, sino que también debe ser firmado²⁶:

«[...] does the signature requirement apply both to the container contract, as well as to the submission agreement, or only to the submission agreement? Second, does the signature requirement also apply to the exchange of letters or telegrams? Different courts have taken different positions. The U.S. Fifth Circuit Court of Appeals has suggested that only the separate agreement must be signed, and not the container contract. On the other hand, the U.S. Second and Third Circuits have disagreed with this interpretation, stating that the signature requirement applies to both. [...]»

26 M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, pp. 22 y 24.

Por su lado, M. NOODT y J. CÓRDOBA, *La forma escrita del acuerdo arbitral según la convención de Nueva York de 1958 y la Recomendación de UNCITRAL de 2006*, en C. SOTO, *Tratado de Derecho Arbitral*, Vol. I. El Convenio Arbitral, Colección Estudios, 2011, p. 200: «Se ha entendido tradicionalmente que la forma escrita, tiene como fundamento asegurarse que las partes sean conscientes de estar pactando un método privado de solución de conflictos y excluyendo la actuación de los tribunales estatales».

También pueden citarse distintas decisiones de los tribunales en los cuales se ha sostenido que el requisito del art. II.2 de la CNY se cumple cuando las partes han firmado el contrato que contiene el acuerdo de arbitraje: *Sunward Overseas S.A. c. Servicios Marítimos Limitada Semar*, Corte Suprema de Justicia, Colombia, 20 de noviembre de 1992, 472; *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al. v. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, Corte Suprema de Casación, Italia, 10 de marzo de 2000, 58; *Steve Didmon v. Frontier Drilling (USA), INC.*, et al., Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Texas, División de Houston, Estados Unidos de América, 19 de marzo de 2012, H-11- 2051; *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 29 de julio de 1999, 97-9436; *Smita Conductors Ltd. v. Euro Alloyw Ltd.*, Corte Suprema, India, 31 de agosto de 2001, recurso de apelación en materia civil núm. 12930 de 1996; *Bundesgerichtshof [BGH]*, Alemania, 8 de junio de 2010, XI ZR 349/08; *Bundesgerichtshof [BGH]*, Alemania, 25 de enero de 2011, XI ZR 350/08 vía Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras publicada por la Secretaría de la CNUDMI, Edición de la Guía de 2016, p. 59.

La perspectiva formalista ha experimentado una modificación sustancial en los últimos treinta años, debido a la aplicación de un criterio más flexible por parte de la jurisprudencia de distintos países²⁷.

Este cambio de enfoque ha cristalizado en la nueva redacción del art. 7 de la LM 2006, sobre el cual resulta muy ilustrativo referirnos a lo expuesto en la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006 (la “**Nota Explicativa LM 2006**”):

«19. La versión original de 1985 de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7) sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en el que exige que el acuerdo conste por escrito. Si las partes han convenido en someter su litigio a arbitraje habiendo concertado el acuerdo correspondiente sin observancia del requisito de forma, cualquier parte podrá invocar esa deficiencia para oponer una excepción de incompetencia del tribunal arbitral. Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7. En ese momento, la Comisión aprobó dos opciones, que reflejan dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo. La primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985 [...]. Conforme a la Convención de Nueva York se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, pero se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio “que deje constancia de su contenido en cualquier forma”. El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. La importancia de esa disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas. Se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, [...]. En la segunda opción del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite todo requisito de forma. La Comisión no expresó preferencia por ninguna de las opciones. Los Estados promulgantes podrán examinarlas y escoger una u otra según convenga a sus necesidades concretas, y por referencia al contexto jurídico en que se promulgue la Ley Modelo, inclusive los principios generales del derecho de los contratos de cada Estado promulgante. La finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

20. A ese respecto, la Comisión también aprobó en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2)

27 Véanse, a modo de ejemplo, las notas al pie 18 y 19; *Asset Allocation and Mgt. Co. v. Western Employers Ins. Co.*, 892 F.2d 566, 574 (7º Cir. 1989), *Star-Kist Foods, Inc. v. Diakan Hope, SA*, 423 F. Supp. 1220, 1222-23 (C.D. Cal. 1976) y *Judgment of 9 May 2001*, 20 ASA Bull. 80 (Tribunal Federal suizo), 2002 vía G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2012 (Primera Edición), p. 98; *Wm Passalacqua Builders v Resnick Developers*, 933 F2d 131(2º Cir. 1991) y Arbitraje ICC núm. 915, laudo provisional de 8 de Junio de 1999, *Joint Venture Yashlar and Bidas SAPIC v Government of Turkmenistan* vía N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 101.

del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, (A/61/17, anexo II)2 . En su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General señaló que “con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, es especialmente oportuna”. La recomendación se formuló en vista del uso cada vez más extendido del comercio electrónico, y de la promulgación de leyes nacionales, así como de la jurisprudencia en la materia, que son más favorables que la Convención de Nueva York en lo tocante al requisito de forma al que han de ajustarse el acuerdo de arbitraje, [...]. En la recomendación se insta a los Estados a que apliquen el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” y se los alienta a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo. En las dos opciones de este artículo se establece un régimen para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales más favorable que el previsto en la Convención de Nueva York»

(Énfasis añadido)

Todo lo expuesto en la Nota Explicativa LM 2006 sobre la definición y forma del contrato de arbitraje es enormemente esclarecedor para entender el cambio de perspectiva que ha experimentado el arbitraje internacional en este aspecto. En este sentido, conviene destacar que el requisito de firma fue eliminado de ambas opciones del art. 7 de la LM 2006, como ha subrayado MOSES²⁸.

La importancia de la eliminación del requisito de firma se pone de manifiesto a la vista de lo decidido en casos como *Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corp.* -dictado en 1991-, en el que el tribunal resolvió que la cláusula arbitral no era ejecutable al no encontrarse firmada²⁹:

«[...] because while the Act requires a written arbitration agreement, it does not define a writing. As previously noted, the Convention actually defines what will satisfy its writing requirement. An arbitration clause is enforceable only if it is found in a signed writing or an exchange of letters»

Es importante insistir en este cambio de tendencia, ya que podemos afirmar que, en los últimos sesenta años, el arbitraje internacional en esta materia ha evolucionado desde una posición restrictiva y formalista a otra mucho más flexible.

28 M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, p. 28-29.

29 Sentencia de la Corte del Distrito de Nueva York, *Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corp.*, 11 de Octubre de 1991. Con respecto a otras decisiones de los tribunales que también se hayan negado a ordenar la ejecución de la cláusula arbitral, puede citarse: Tribunal de Apelación de la República y Cantón de Tesino, Segunda Cámara en lo Civil, Suiza, 2 de abril de 2003; *Concordia Trading B.V. v. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Corte Suprema Popular, China, 3 de agosto de 2009; *Plexus Cotton Limited v. Santana Têxtil S.A.*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 15 de febrero de 2006; *Indutech S.p.A. v. Algocentro Armazéns Gerais Ltda.*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 17 de diciembre de 2008; *Kanematsu USA Inc. v. ATS Advanced Telecommunications Systems do Brasil Ltda.*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 18 de abril de 2012 vía Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras publicada por la Secretaría de la CNUDMI, Edición de la Guía de 2016, p. 59.

2.2.3. Conexión entre la ley aplicable al convenio arbitral y su extensión

Prima facie, podría parecer que las cuestiones estudiadas en los apartados 2.2.1 y 2.2.2 no guardan una especial relación entre sí. Sin embargo, ambas cuestiones están estrechamente relacionadas, hasta el punto de que constituyen el pilar fundamental sobre el que se asienta este estudio.

Sobre la base de lo expuesto, las partes de un contrato en el que se inserte una cláusula arbitral pueden decidir que se aplique la LM 1985 o la LM 2006 -o, para ser más exactos, la ley de un Estado que incorpore alguna de estas dos versiones de la Ley Modelo- al contrato de arbitraje.

Si se efectúa esta elección, ello podría tener efectos decisivos en la extensión -o alcance- del convenio a terceros no signatarios, o a un grupo de contratos³⁰.

Como se ha dicho, las doctrinas que habilitan la extensión del convenio se asientan sobre el consentimiento *implícito* de las partes. Sin embargo, esta intención

30 BORN mantiene que la ley que rige el convenio arbitral se aplica a las cuestiones sobre la extensión a terceros no signatarios: G. BORN, *International Commercial Arbitration* 1210-19, 2009, vía G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2012 (Primera Edición), p. 100; y *National Thermal Power Corporation v Singer Company and others*, 1992, 3 SCC 551: «The proper law of the arbitration will also decide whether the arbitration clause would equally apply to a different contract between the same parties or between one of those parties and a third party»; también se desprende de lo afirmado por CHUKWUMERIJE, véase nota al pie núm. 3.

También es cierto que BORN considera que la ley aplicable a la validez formal del convenio es distinta de la ley aplicable a la validez sustantiva, ello sobre la base de que el art. II de la CNY y el art. 7 de la LM 1985 y de la LM 2006 establecen reglas internacionales uniformes -G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2012 (Primera Edición), p. 57-. No obstante, sin dejar de suscribir esta afirmación, no es menos cierto que, como se expone en la Nota Explicativa LM 2006, la interpretación del art. II de la CNY puede modificarse con el paso del tiempo, y el propio contenido del art. 7 de la Ley Modelo puede ser alterado. Por lo tanto, no hay ningún motivo aparente que pueda llevarnos a la conclusión de que las partes de un contrato no pueden elegir si desean aplicar los criterios de validez formal del convenio establecidos por el ordenamiento jurídico de un país que incorpore la LM 1985 o la LM 2006.

Admitida la posibilidad anterior, resulta bastante intuitivo que cuando las partes han elegido expresamente la ley aplicable a la cláusula arbitral, ésta será la ley aplicable a su validez formal, ya que no resulta razonable tratar de inferir que los contratantes han deseado elegir un cuerpo normativo distinto para evaluar la validez formal y la validez sustantiva del convenio arbitral.

Este entendimiento ha sido adoptado por tribunales de jurisdicciones relevantes: Tribunal Federal suizo, *Compagnie de Navigation de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, BGE 121 III 38; Tribunal Supremo italiano, *Conceria G De Maio & Fsnco (Italy) v. EMAG AG (Switzerland)*, ICCA Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) p. 602; UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.139 (14 de diciembre de 2005) pp. 18 y ss., vía K. BERGER, *Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?* en V. BERG, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, (ed.) ICCA Congress núm. 13; *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001] 1 All E.R. (Comm) 530 vía *Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A* [2012] EWCA Civ 638 (Corte de Apelación); por último, *Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A* [2012] EWCA Civ 638 (Corte de Apelación): «[...], even though the arbitration agreement in this case does not specifically refer to the provisions of the Arbitration Act 1996, the parties must have foreseen and intended that its provisions should apply to any arbitration commenced [...]. This tends to suggest that the parties intended English law to govern all aspects of the arbitration agreement, including matters touching on the formal validity of the agreement and the jurisdiction of the arbitrators». De esta forma, la tesis de BORN sobre la aplicación de normas uniformes a la validez formal del convenio es compatible con el entendimiento de que la validez sustantiva y formal de la cláusula arbitral se regirá, en princi-

de extender la cláusula arbitral no puede existir en caso de que las partes hayan elegido la LM 1985 -o la ley de un país que la incorpore- como ley aplicable al contrato de arbitraje, debido a los requisitos formalistas y restrictivos que establece.

Por el contrario, en caso de que las partes hayan adoptado una ley que se inspire o incorpore la LM 2006 -especialmente la opción II del art. 7-, resulta coherente analizar si existen hechos que puedan llevar a concluir que alguna de las teorías de extensión resulta de aplicación.

Con arreglo a lo anterior, puede incluso afirmarse que resulta imposible alcanzar una decisión con respecto al alcance del convenio sin haber determinado previamente la ley aplicable a la cláusula arbitral.

En definitiva, la determinación de la ley aplicable a la validez, interpretación y alcance del convenio arbitral puede afectar de forma crucial a la posibilidad de extender el convenio arbitral a otras relaciones jurídicas entre las partes -o a terceros-.

2.3 Planteamiento para seleccionar la ley aplicable

2.3.1 Punto de partida

Se han señalado en los apartados 2.1.2 y 2.1.3 anteriores los diferentes criterios sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia en relación con la determinación de la ley que rige la cláusula compromisoria. Las dos posibilidades existentes se apoyan en elementos de consolidada jurisprudencia y en distintas opiniones doctrinales.

Una parte de la doctrina³¹, algunas posiciones interpretando normas internacionales³² y parte de la jurisprudencia internacional³³, ha entendido que la ley que guarda la conexión más estrecha con el convenio es la ley de la sede del arbitraje -con atención al principio de autonomía-.

Otra parte de la doctrina³⁴ y de la jurisprudencia³⁵ han interpretado que la ley aplicable debe ser la *lex causae*, dado que se trata de una cuestión de tipo sustantivo, y no procesal.

pio, por la misma ley.

31 O. CHUKWUMERIE, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Quorum Books, 1994, p. 38; o P. KARRER, The law applicable to the arbitration agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel, Singapore Academy of Law Journal, 2014, pp. 861 y 872.

32 Véase el art. 34(2) LM 2006, art. V(1)(a) CNY.

33 Laudo ICC caso núm. 6162/1990, Consultant (France) v. Egyptian Local Authority, en XVII Yearbook Commercial Arbitration 153 (Albert Jan van den Berg, ed., 1992); Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v Enesa Engenharia SA & Ors [2012] EWCA Civ 638; Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustrisi AS v VSC Steel Company Ltd [2013] EWHC 4071 (Comm); y Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v Al Trade Finance Inc (2001) XXVI Ybk Comm Arb 291, Tribunal Supremo de Suecia, de 27 de octubre de 2000, case núm. T1881-99, p. ej.

34 Véase nota al pie núm. 17.

35 Union of India c. McDonnell Douglas Corp [1993] 2 Lloyd's Rep. 48; Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) c. Ferrell International Ltd [2002] 1 All E.R. (Comm) 627; National Thermal Power Corporation v Singer Company and others (1992) 3 SCC 551; y Leibinger v Stryker Trauma GmbH [2005] EWHC 690 (Comm).

Teniendo en cuenta lo controvertido de la cuestión, y dado que ambas posiciones son sólidamente argumentadas por sus respectivos defensores -hasta el punto de que hoy en día la cuestión sigue generando gran incertidumbre-, no resulta viable defender por qué alguna de estas posturas debe imponerse sobre la otra.

Visto el estancamiento existente a este respecto, debe acudir a otro tipo de enfoque, de manera que la única forma lógica de proceder parece ser el estudio de la voluntad -implícita- de las partes.

2.3.2 Intención de las partes

Otros sistemas jurídicos han aplicado un planteamiento que parece ser mucho más interesante y útil a largo plazo.

La jurisprudencia inglesa más reciente en esta materia³⁶, y el sistema jurídico francés³⁷ han establecido un enfoque que se fundamenta en analizar la elección implícita de las partes.

Respecto a la postura francesa, podemos sintetizar el modelo refiriéndonos a la explicación de REDFERN y HUNTER³⁸:

«This French third way come about as a result of a number of decisions by the Paris Cour d'Appel from early 1970s through to the early 1990s that culminated in the Cour de cassation's decision in Dalico in 1993:

"by virtue of a substantive rule of international arbitration, the arbitration agreement is legally independent of the main contract containing or referring to it, and the existence and effectiveness of the arbitration agreement are to be assessed, subject to the mandatory rules of French law and international public policy, on the basis of the parties' common intention, there being no need to refer to any national law."

[...]

The French Supreme Court thus stopped short of a complete delocalization of the arbitration agreement, by subjecting it to the mandatory provisions of French law. Moreover, it does remain open to the parties, if such is their common intention, expressly to designate a national legal system or set of conflict laws, as the French Supreme Court clarified in the Uni-Kod decision»

(Énfasis añadido)

Por otro lado, la posición de la jurisprudencia inglesa reciente puede resumirse atendiendo a lo resuelto en el caso Sulamérica, donde el tribunal afirmó³⁹:

«[...] the proper law is to be determined by undertaking a three-stage enquiry into (i) express choice, (ii) implied choice and (iii) closest and most

36 Véase nota al pie núm. 13.

37 F. WEIGAND, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, Oxford, 2009, pp. 426-427; y N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), pp. 172-173.

38 Véase nota al pie núm. 12.

39 Véase nota al pie núm. 11.

real connection. As a matter of principle, those three stages ought to be embarked on separately and in that order, since any choice made by the parties ought to be respected [...]»

(Énfasis añadido)

La interpretación de la voluntad implícita de las partes es un criterio que debe ser considerado con detenimiento, dado que se sustenta sobre uno de los principios esenciales del arbitraje⁴⁰.

De forma paralela a lo anterior, algunos autores han afirmado que cuando las partes deciden seleccionar ciertas normas específicas, también aceptan *indirectamente* la elección del Derecho aplicable que éstas establezcan⁴¹.

Visto lo anterior, y con base en el enfoque empleado por el modelo francés, la jurisprudencia inglesa más reciente, y la elección *indirecta* realizada por las partes, resulta razonable entender que cuando las partes eligen una ley que gobierna el contrato, y otra que regula el procedimiento arbitral, estas dos elecciones pueden proporcionar información con respecto a las normas de conflicto que las partes eligieron *indirectamente*, con el objeto de seleccionar la ley aplicable al contrato de arbitraje⁴².

Llegados a este punto, sería posible sostener que las normas de conflicto que deben ser empleadas son las de la *lex contractus*, dado que las normas de conflicto forman parte del Derecho sustantivo.

Sin embargo, la misma objeción expuesta por la doctrina⁴³ con respecto a la selección de la *lex causae* como ley del acuerdo de arbitraje podría ser extendida a la cuestión de las normas de conflicto.

⁴⁰ Véanse notas al pie núm. 24 y 25.

⁴¹ P. KARRER, The law applicable to the arbitration agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel, Singapore Academy of Law Journal, 2014, pp. 857-858: «All three laws in Art 178(2) of the PIL Statute are somehow laws chosen by the parties, but in a different way and chosen for a different scope and purpose. The law directly chosen to apply to the arbitration agreement itself is obviously a chosen law. If the parties choose the seat of the arbitration in Switzerland, they choose the Swiss *lex arbitri*, mentioned last in Art 178(2). By the same token, within the *lex arbitri*, they also choose the choice of law provision that the *lex arbitri* has, for instance, in Switzerland, as we saw earlier, Art 187 of the PIL Statute. And so indirectly they do also choose the law applicable to the merits or *lex causae*. Similarly, if the parties go on a loop and make a choice of arbitration rules that have a choice of law provision included, then, in this fashion, they also indirectly choose the *lex causae*. This law is chosen by the parties, [...]».

⁴² Esta afirmación no implica caer en la prohibición de reenvío existente en las normas nacionales de Derecho Internacional Privado, debido a dos motivos: primero, en el momento temporal en el que se aborda el estudio de las normas de conflicto, no se ha podido determinar, por primera vez, la ley aplicable al convenio, es precisamente éste el motivo por el que se están analizando las citadas normas de conflicto; y, segundo, el enfoque utilizado no es más que una herramienta para averiguar la voluntad implícita de las partes, pero no pretenden de la aplicación del resultado obtenido ope legis.

⁴³ N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 167: «This supports the view that the arbitration clause is generally governed by the same law as the rest of the contract. However, the reference to the 'autonomy' of the arbitration clause, in this citation, points to the problem that may arise. An arbitration clause is taken to be autonomous and to be separable from other clauses in the agreement. If necessary, it may stand alone. In this respect it is comparable to a submission agreement. It is this separability of an arbitration clause that

Este argumento podría llevarnos al mismo callejón sin salida descrito a lo largo de este artículo.

Por lo tanto, el planteamiento que se propone utilizar es distinto: en lugar de establecer qué normas de conflicto deben ser tenidas en cuenta, puede ser más razonable (i) determinar si las normas de conflicto de la ley de la sede y de la ley del fondo dirigen al mismo resultado, o (ii) extraer algunos principios generales que tanto la *lex contractus* como la ley de la sede puedan compartir.

El objetivo perseguido en el punto (ii) anterior puede ser obtenido a través del análisis del sistema jurídico -*Common Law* y *Civil Law*- de las leyes aplicables.

En efecto, asumiendo que las partes decidan utilizar las normas de un país de *Common Law* al contrato principal, y otra ley del mismo sistema jurídico a las cuestiones arbitrales, podría ser razonablemente afirmado que las normas de conflicto aplicables deben inspirarse en la solución que se dé en el sistema jurídico de *Common Law*. La misma conclusión puede alcanzarse si tanto la ley del fondo como la ley de la sede pertenecen al *Civil Law*. Todo ello partiendo de la elección *indirecta* realizada por los contratantes.

La cuestión trascendental es si resulta posible establecer un resultado homogéneo cuando se analizan los sistemas de *Common Law*, o de *Civil Law*, en su conjunto.

En este sentido, en el hipotético caso de que se pudiera extraer un resultado consistente dentro de un grupo suficientemente representativo de países de cada sistema jurídico, sería razonable sostener que las partes han elegido esa solución de forma *indirecta*.

Esta posibilidad resulta, además, compatible con el estudio caso por caso propuesto por el modelo francés y por la jurisprudencia inglesa.

3. Metodología para alcanzar una solución: caso por caso

Para la concreción de la propuesta realizada en el apartado anterior puede realizarse un doble análisis, consistente en determinar (i) las normas de conflicto indirectamente elegidas por las partes, como primer control; y (ii) el consentimiento implícito, como segundo control.

La principal dificultad radica en que resulta extremadamente complicado establecer unas normas de conflicto que puedan ser adoptadas de forma homogénea dentro de un sistema jurídico.

Con este propósito, debe diferenciarse entre distintos escenarios que han de ser estudiados separadamente, sin perjuicio de que el escenario ideal se produce cuando las normas de conflicto de la ley de la sede y las de la ley del fondo dirijan al mismo resultado. En ausencia de esta condición es cuando procede el tratamiento de los siguientes casos.

Primero, las partes han elegido la ley de dos países de *Common Law* para el fondo del asunto y como *lex arbitri* -p. ej. Singapur como sede del arbitraje, y la ley de Inglaterra y Gales como *lex causae*-.

opens the way to the possibility that it may be governed by a different law from which governs the main agreement».

Segundo, las partes seleccionaron la ley de dos Estados de tradición jurídica de *Civil Law* para el contrato principal y como ley aplicable al arbitraje -p. ej. Bélgica como sede y la ley de Italia como *lex contractus*-.

Tercero, las leyes aplicables al arbitraje y al fondo del asunto son de tradiciones jurídicas distintas -p. ej. Hong Kong como sede y la ley de Francia como ley aplicable al fondo del asunto-.

3.1 Caso 1: las leyes de ambos países se basan en el sistema jurídico del Common Law

Llegando a la sección final de este estudio, la primera tarea consiste en analizar la solución dada por las normas de conflicto de un grupo suficientemente representativo de países de tradición jurídica de *Common Law*, con la finalidad de averiguar si resulta posible extraer una solución homogénea a la hora de establecer la ley aplicable al contrato de arbitraje.

3.1.1 Inglaterra y Gales

Ya nos hemos referido a la jurisprudencia inglesa al abordar el sistema basado en la elección implícita de las partes. Sin embargo, en ausencia de dicha elección implícita, puede analizarse si su jurisprudencia se inclina por adoptar la ley de la sede o la *lex causae* como norma que rija la cláusula compromisoria.

Históricamente, la jurisprudencia inglesa se ha decantado de forma clara por entender que la ley que tiene la conexión más estrecha con el contrato de arbitraje es la ley de la sede, como han afirmado REDFERN y HUNTER⁴⁴:

«This position is therefore fairly well-settled in English law and so parties arbitration in England, who intend the arbitration to agreement to be governed by the same law as the law governing the undying contract rather than the law of the seat, would be well advised to include an express provision to that effect»

En efecto, la jurisprudencia inglesa se ha decantado por esta solución en numerosos casos como *Black-Clawson v Papierwerke*⁴⁵, *XL Insurance Ltd v Owens Corning*⁴⁶, *C v D*⁴⁷ y *Noble Assurance Company and Shell Petroleum v Gerling Konzern*⁴⁸.

No obstante, esta posición ha sido modificada parcialmente desde el año 2012 tras la decisión de los casos *Sulamérica, Arsanovia, y Habas*, ya citados⁴⁹.

La aportación realizada por estos casos -especialmente en *Sulamérica*- consiste en ordenar las reflexiones que se han emitido por parte de la doctrina y jurisprudencia inglesa respecto a la ley aplicable al convenio, así como proporcionar un test

44 N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 169.

45 *Black-Clawson v Papierwerke* [1981] 2 Lloyd's Rep 446, at 483.

46 *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001] 1 All E.R. (Comm) 530 vía *Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A* [2012] EWCA Civ 638 (Corte de Apelación).

47 Véase nota al pie núm. 6.

48 *Noble Assurance Company and Shell Petroleum Inc v Gerling Konzern General Insurance Company (UK Branch)* [2007] EWHC 2532.

49 Véase nota al pie núm. 13.

que debe ser aplicado a cada caso concreto con el objeto de determinar la ley aplicable. Lord Justice Moore-Bick afirma⁵⁰:

«[...] the authorities establish two propositions that were not controversial but which provide the starting point for any enquiry into the proper law of an arbitration agreement. The first is that, even if the agreement forms part of a substantive contract (as is commonly the case), its proper law may not be the same as that of the substantive contract. The second is that the proper law is to be determined by undertaking a three-stage enquiry into (i) express choice, (ii) implied choice and (iii) closest and most real connection. As a matter of principle, those three stages ought to be embarked on separately and in that order, since any choice made by the parties ought to be respected [...]»

En el caso enjuiciado en *Sulamérica* los contratantes eligieron regir el contrato principal por la ley de Brasil y establecer la sede del arbitraje en Londres, sin que se indicara expresamente la aplicación de la Ley de Arbitraje de Inglaterra y Gales de 1996 -hecho que ha sido relevante en otras resoluciones para determinar la aplicación de previsiones de tipo sustantivo como los arts. 5, 7, 8, etc.⁵¹.

En este caso, el tribunal resolvió que, a pesar de que las partes habían elegido expresamente la *lex causae* -lo que constituía un importante elemento a favor de que ésta fuera también la ley aplicable a la cláusula arbitral-, existían dos factores que señalaban en la dirección contraria, a saber: (i) la ley de Brasil no era compatible con el convenio arbitral, lo que inducía a pensar que ésta no fue la elección implícita de las partes; y (ii) la importancia intrínseca de que se eligiera una sede del arbitraje en lugar distinto al de la *lex contractus*.

El razonamiento de Lord Justice Moore-Bick resulta muy ilustrativo⁵²:

«Although there are powerful factors in favour of an implied choice of Brazilian law as the governing law of the arbitration agreement, two important factors point the other way. The first is that identified by Toulson J. in *XL Insurance v Owens Corning*. As the parties must have been aware, **the choice of another country as the seat of the arbitration inevitably imports an acceptance that the law of that country relating to the conduct and supervision of arbitrations will apply to the proceedings. Accordingly, even though the arbitration agreement in this case does not specifically refer to the provisions of the Arbitration Act 1996, the parties must have foreseen and intended that its provisions should apply to any arbitration commenced pursuant to condition 12 (including all those provisions, such as sections 5, 7, 8, 12, and 13 which are more substantive than procedural in nature). This tends to suggest that the parties intended English law to govern all aspects of the arbitration agreement, including matters touching on the formal validity of the agreement and the jurisdiction of the arbitrators.**

[...]

One then has to consider with what system of law the agreement has the closest and most real connection. Although Mr. Wolfson submitted that the agreement has

50 Véase nota al pie núm. 11.

51 *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001] 1 All E.R. (Comm) 530 vía *Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A* [2012] EWCA Civ 638 (Corte de Apelación).

52 Véase nota al pie núm. 11.

a close and real connection with the law of Brazil, being the law governing the substantive contract in which the arbitration agreement itself is embedded, I think his argument fails adequately to distinguish between the substantive contract and the system of law by which it is governed. No doubt the arbitration agreement has a close and real connection with the contract of which it forms part, but its nature and purpose are very different. In my view an agreement to resolve disputes by arbitration in London, and therefore in accordance with English arbitral law, does not have a close juridical connection with the system of law governing the policy of insurance, whose purpose is unrelated to that of dispute resolution; rather, it has its closest and most real connection with the law of the place where the arbitration is to be held and which will exercise the supporting and supervisory jurisdiction necessary to ensure that the procedure is effective. Its closest and most real connection is with English law. I therefore agree with the judge that the arbitration agreement is governed by English law.»

(Énfasis añadido)

En segundo lugar, en *Arsanovia*, las partes acordaron una cláusula arbitral sometida a las reglas de la LCIA, en la que la sede del arbitraje se encontraba en Londres y la ley aplicable al contrato principal era la ley de la India.

En este caso, al contrario que en los anteriores, Mr. Justice Andrew Smith decidió que la ley aplicable a la cláusula compromisoria era la ley de la India, siendo, a su juicio, un factor de gran importancia el hecho de que las partes excluyeron parcialmente la Ley de Arbitraje y Conciliación de la India de 1996.

Smith LJ atribuye un mayor peso que Moore-Bick LJ a la elección de la ley del fondo del asunto en lo que respecta a la interpretación de la elección implícita, pero resulta necesario observar, a efectos aclaratorios, la deducción que el primero realiza del razonamiento del caso *Sulamérica*⁵³:

«[...] the decision in C v D and conclusion of Moore-Bick LJ depended not upon any express or implied choice of the parties but upon which system of law had the closest and most real connection with the arbitration agreement because the parties had made no choice in their contracts properly interpreted [...]

[...] in the Sulamérica case Moore-Bick LJ did not hold that the parties had impliedly chosen English law to govern the arbitration agreement, but that the parties had made no choice, whether express or implied [...]»

(Énfasis añadido)

Así, de acuerdo con Smith LJ, la decisión en *C v D* y *Sulamérica* no se construye sobre la elección -implícita- realizada por las partes, sino que señala la solución que debe adoptarse en ausencia de dicha elección -que es lo que nos interesa a los efectos de este apartado-.

Además, Smith LJ aclara que su decisión se basa sobre su entendimiento de la existencia de una elección implícita realizada por las partes, en ausencia de la cual habría decidido en el mismo sentido que en el caso *C v D* y en *Sulamérica*⁵⁴:

⁵³ *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 2 All ER 1 (Comm).

⁵⁴ Véase nota al pie núm. 53; y R. PATEL, High Court applies Sulamérica test in *Arsanovia*

«*Had I had to decide which system of law has the closest and most real connection with the arbitration agreement, I would have concluded that it is English law for the reasons that Longmore LJ concluded that the English law had the closest and most real connection with the arbitration agreement made between C and D and that Moore-Bick LJ similarly decided in the Sulamérica case. But in view of my decision about the parties' choice of an applicable law, that question does not arise*»

En último lugar, en el caso *Habas*, la decisión de Hamblen LJ fue comparativamente más sencilla que en los casos anteriores, ya que los fundamentos de la sentencia parten de que los contratantes eligieron el lugar del arbitraje -Londres-, pero no eligieron expresamente la *lex contractus*, motivo por el cual la elección de la sede tiene un efecto “abrumador”⁵⁵.

En definitiva, los tribunales británicos no han dejado de interpretar que la ley que mantiene una relación más estrecha con el convenio arbitral sea la ley de la sede -desde un punto de vista objetivo-, sino que han atribuido una renovada importancia a la elección implícita de las partes.

Resulta apropiado realizar esta distinción, porque lo que aquí interesa no es tanto la interpretación concreta que se dé por la jurisprudencia inglesa a un determinado hecho, sino la solución *objetiva* que se adopte a falta de elección expresa o implícita.

Por lo tanto, en lo que respecta a la solución que ofrecen el sistema jurídico de Inglaterra y Gales, desde un punto de vista general y objetivo, las normas aplicables serán las de la ley de la sede⁵⁶.

3.1.2 Estados Unidos

Estados Unidos, como representante del *Common Law* -a pesar de contar con una evidente influencia civilista-, otorga una enorme trascendencia a la ley de la sede⁵⁷. Resulta especialmente ilustrativo atender a lo expuesto por ZEKOS respecto del Acta Federal de Arbitraje de 1925⁵⁸ (la “FAA”):

«*The FAA creates a body of federal substantive law of arbitrability and pre-empts contrary state law policies. Hence, once the dispute is covered by the FAA, federal law applies to all questions of interpretation, construction, validity, revocability and enforceability.*»

and gives rise to unexpected results, Herbert Smith Freehills Arbitration Notes, 2013, <https://hsfnnotes.com/arbitration/2013/03/01/high-court-applies-sulamerica-test-in-arsanovia-and-gives-rise-to-unexpected-results/>.

55 Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustrisi AS v VSC Steel Company Ltd [2013] EWHC 4071 (Comm): «Where the matrix contract does not contain an express governing law clause, the significance of the choice of seat of the arbitration is likely to be “overwhelming”».

56 P. KARRER, The law applicable to the arbitration agreement: A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel, Singapore Academy of Law Journal, 2014, p. 872.

57 F. WEIGAND, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Oxford, 2009, p. 885.

58 G. ZEKOS, Problems of Applicable Law in Commercial and Maritime Arbitration, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 1999, 173, vía N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 170.

En la misma línea, REDFERN y HUNTER también han comentado esta cuestión⁵⁹:

«The importance of the law of the seat of arbitration is particularly marked in the United States. The FAA controls arbitration involving interstate or foreign commerce and maritime transactions; and it also implies the New York Convention.

[...]

The scope of the FAA is therefore such that it appears of itself to constitute the law governing the arbitration agreement. This analysis is confirmed by recent US cases focusing on the relationship between the FAA and state (or even foreign) law, which emphasize the former's pre-eminence as the law governing the arbitration even where there is an express choice of state (or foreign law) in relation to the arbitration clause or agreement itself.»

(Énfasis añadido)

Como expresa la doctrina, existen casos dentro de la jurisprudencia estadounidense en la que se ha dado preferencia a lo establecido en la FAA por encima de la elección expresa de las partes, como se resolvió en el caso *Pedcor Mgt Co Inc Welfare Benefit Plan v N Am Indemnity*⁶⁰.

En el mismo sentido puede citarse los casos *Milos Sovak v Chugai Pharmaceutical Co*⁶¹ y *Chloe Z Fishing v Odyssey Re*⁶².

En definitiva, Estados Unidos también se decanta, de forma clara por aplicar la ley de la sede a la cláusula arbitral, en lugar de la *lex causae*.

3.1.3 Otros países de sistema jurídico de Common Law

Vistos los dos casos más representativos, debemos compararlo con la solución que se adopta en otros diez países de *Common Law*:

59 N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), pp. 170-171.

60 *Pedcor Mgt Co Inc Welfare Benefit Plan v N Am Indemnity*, 343 F 3d 355 (5th Cir 2003) vía N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 171: «it is well established that the FAA pre-empts state laws [or foreign law] that contradict the purpose of the FAA by "requiring a judicial forum for the resolution of claims which the contracting parties agreed to resolve by arbitration"».

61 *Milos Sovak and Biophysics Inc v Chugai Pharmaceutical Co*, 289 F 3d 615 (9th Cir 2002) vía N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 171: «the strong default presumption is that the FAA, not the state law, supplies the rules of arbitration... a general choice of law clause within an arbitration provision does not thump the presumption that the FAA supplies the rules for arbitration...».

62 *Chloe Z Fishing Co Inc v Odyssey Re*, 109 F Supp 2d 1236 (SD Cal 2000) vía N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009 (Quinta Edición), p. 171: «[the New York Convention and the FAA] provide an 'overriding basis' for why the law under which the case 'arises' [...] must apply to the question of whether these parties agreed to arbitrate their disputes [...] once a dispute is covered by the [Federal Arbitration] Act, federal law applies to all questions of [arbitration agreement's] interpretation, construction, validity, revocability and enforceability».

La solución que se da en Singapur también se decanta por aplicar la ley de la sede, como ha sido afirmado por WEIGAND⁶³ y como se resolvió en el caso *FirstLink*⁶⁴.

China y Hong Kong también aplican la ley de la sede, como se desprende de lo establecido en el art. 16 de la Interpretación del Tribunal Supremo de China en relación con distintas materias sobre la Ley de Arbitraje de la República Popular de China⁶⁵:

*«The laws agreed upon between the interested parties shall apply to the examination of the **validity of an arbitration agreement** involving foreign interests; where the interested parties did not agree upon the applicable laws **but have agreed upon the place of arbitration, the laws at the place of arbitration shall be applicable**; where they neither agreed upon the applicable laws nor agreed upon the place of arbitration or the place of arbitration is not obviously agreed upon, the laws at the locality of the court shall apply.»*

(Énfasis añadido)

En el caso de Australia, la LM 2006 ha sido incorporada como ley de arbitraje, de forma que su art. 34(2)(a)(i) establece que la ley aplicable al convenio, en ausencia de elección, debe ser la ley de la sede, dado que es la ley bajo la que debe analizarse la validez del convenio arbitral en caso de que se interponga una acción de anulación del laudo⁶⁶.

Escocia también aplica la solución de la sede del arbitraje⁶⁷. Lo mismo sucede con Sri Lanka⁶⁸, Chipre⁶⁹, Malasia⁷⁰, Birmania⁷¹ y Nigeria⁷².

Por último, el caso disidente es el de la India, que, en principio, se muestra favorable a aplicar al convenio la ley elegida por las partes al contrato principal⁷³.

63 F. WEIGAND, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, Oxford, 2009, p. 699.

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

65 Véase el art. 16 de la "Interpretation of the Supreme People's Court concerning Several Matters on Application of the Arbitration Law of the People's Republic of China"; y F. WEIGAND, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, Oxford, 2009, p. 250.

66 Sección 7.6.2 de la CMS Guide to Arbitration – Volume I (Australia): https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_AUSTRALIA.pdf

67 Sección 10.2.3 de la CMS Guide to Arbitration – Volume I (Escocia): https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_SCOTLAND.pdf

68 Sección 32(1)(a)(i) de la Ley de Arbitraje núm. 11/1995.

69 Sección 34(1)(a)(i) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 1987.

70 Sección 37(1)(a)(ii) y 39(1)(a)(ii) de la Ley de Arbitraje de 2005 (modificada el 1 de diciembre de 2011).

71 Sección 41(a)(2) de la Ley de Arbitraje de Birmania de 5 de enero de 2016.

72 La Ley de Arbitraje y Conciliación de la Federación de Nigeria de 1990 (Capítulo 19) ha incorporado como Anexo el art. V(1)(a) de la CNY.

73 Sección 7.1.4 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (India); y National Thermal Power

El caso indio encierra algunas particularidades, dado que la sentencia *National Thermal Power v Singer* guarda algunas similitudes con el criterio de la jurisprudencia inglesa reciente⁷⁴, aunque se pronuncia de forma clara a favor de que la ley elegida por las partes para el contrato principal es, en ausencia de otros indicadores en sentido contrario, la ley aplicable a la cláusula arbitral.

No obstante, el caso contiene ciertos hechos de importancia capital, como que, aunque las partes eligieron la ley de la India como ley aplicable al contrato principal, no seleccionaron la sede del arbitraje, siendo la Cámara de Comercio Internacional ("ICC") quien estableció la sede en Londres. En consecuencia, no se podía entender que las partes habían declarado su voluntad de vincular la controversia con Londres, ni tenían ninguna conexión con las leyes de Inglaterra y Gales.

3.1.4 Resultado

Sobre la base de lo anterior, puede observarse que en una muestra de doce países de tradición jurídica *Common Law*, once de ellos se decantan por aplicar la ley de la sede como ley que rige el contrato de arbitraje, y uno de ellos se muestra favorable, aunque con particularidades, a que se adopte la ley elegida por las partes como *lex contractus*.

En consecuencia, podemos afirmar con un grado de confianza suficiente, que la regla más aceptada dentro del sistema jurídico del *Common Law* es que la ley de la sede del arbitraje rige el convenio arbitral, en ausencia de elección de los contratantes.

Puede, por tanto, sostenerse, que en aquellos supuestos en los que las partes de un contrato han seleccionado las leyes de dos países basados en el Derecho común -y en ausencia de elección de la norma aplicable al convenio-, se ha elegido **indirectamente** la ley de la sede como ley que debe regir la cláusula arbitral.

3.2 Caso 2: las leyes de ambos países se basan en el sistema jurídico del *Civil Law*

Al contrario de lo que sucede con el *Common Law*, en el *Civil Law* no resulta posible alcanzar una solución tan pacífica.

3.2.1 Países favorables a que se aplique la ley elegida para el fondo del asunto

Alemania ha adoptado una solución consistente en seleccionar la ley del contrato principal como ley aplicable a la cláusula compromisoria, como ha resuelto su jurisprudencia⁷⁵.

Corporation v Singer Company and others (1992) 3 SCC 551.

74 National Thermal Power Corporation v Singer Company and others (1992) 3 SCC 551.

75 BGH, 28 noviembre 1963, BGHZ 40, 320,323; BayObLG, 16 de enero de 2004, [2004] SchiedsVZ 163,165; OLG Frankfurt, de 24 de octubre de 2006 vía F. WEIGAND, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Oxford, 2009, p. 481.

Al mismo resultado se llega analizando el caso belga⁷⁶, italiano⁷⁷ y griego⁷⁸.

3.2.2 Países favorables a que se aplique la ley de la sede del arbitraje

Por el contrario, Austria ha elegido un enfoque diferente al decantarse por que la ley de la sede sea de aplicación al convenio arbitral, como ha establecido su Tribunal Supremo⁷⁹.

Polonia⁸⁰, Portugal⁸¹, Brasil⁸², Argentina⁸³, Hungría⁸⁴ y Serbia⁸⁵ adoptan la misma solución.

3.2.3 Países que tienen una postura predeterminada

Por otro lado, algunos países no aportan una solución clara sobre cuál es la ley aplicable al convenio arbitral.

Como se ha visto anteriormente, Francia es favorable a determinar la ley aplicable mediante el análisis del consentimiento implícito de las partes⁸⁶, de forma que no ha acogido una posición particular *ex ante* sobre si debe resultar de aplicación al contrato de arbitraje la ley de la sede o la ley elegida para el fondo del asunto.

Suiza y España adoptan un enfoque *in favorem validatis*, donde ambas leyes son consideradas para determinar la *validez* del convenio arbitral⁸⁷.

Croacia⁸⁸ y la República Checa también usan la regla de la ley más favorable, aunque el segundo caso tiene la particularidad de emplear la ley de la sede y la ley donde el convenio arbitral fue suscrito⁸⁹.

76 Véase el art. 98 del Código belga de Derecho Internacional Privado; y F. WEIGAND, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Oxford, 2009, p. 185.

77 Tribunal Supremo italiano, Ditta Hugo Trumpy v Soc Salgoil, núm. 269, 1969, vía F. WEIGAND, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Oxford, 2009, p. 548.

78 P. DIMITRIADIS y K. ROKAS, Greece, Lambadarios Law, 2008, p. 1. <http://www.lambadarioslaw.gr/publications/en/2008/1.pdf>.

79 F. WEIGAND, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Oxford, 2009, p. 123.

80 Véase el art. 39(2) de la Ley de Normas de Conflicto, vía Sección 4.4.1 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (Polonia).

81 Véase el art. 46.3(a)(i) de la Ley 63/2011 de Arbitraje de 14 de diciembre.

82 Véase el art. 38.II de la Ley núm. 9307 de 23 de septiembre de 1996.

83 Sección 9.2.1 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (Argentina).

84 Sección 9.1.2 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (Hungría).

85 Sección 9.2.2 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (Serbia).

86 Véase nota al pie 36.

87 Véase el art. 178(2) de la LSDIP y art. 9.6 de la LA.

88 Sección 3.5.1 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (Croacia).

89 Sección 3.2.5 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (República Checa).

Eslovaquia⁹⁰ únicamente establece que las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al convenio, aunque la cuestión de la arbitrabilidad objetiva de la controversia se regirá por la Ley de arbitraje eslovaca.

3.2.4 Resultado

Con arreglo a la muestra de diecisiete países analizada, puede observarse que cuatro de ellos son favorables a adoptar la ley del fondo elegida por las partes, siete se inclinan por aplicar la ley de la sede del arbitraje, y seis adoptan una opción que puede ser considerada como ambigua.

Podría afirmarse que existe una tendencia mayor a que se adopte la ley de la sede del arbitraje en lugar de la ley que las partes han decidido aplicable al fondo.

Este resultado puede ser explicado, en parte, como consecuencia de la incorporación de la LM 1985 y la LM 2006 al ordenamiento interno de muchos de esos Estados, sin olvidarnos que algunos de los países civilistas más representativos no adoptan la vía de la Ley Modelo, como es el caso de España, Francia, Suiza, Alemania o Italia -aunque Suiza, Francia y España tampoco se decantan por la *lex contractus*-.

No obstante lo anterior, no puede afirmarse con un grado de confianza suficiente que los países de tradición jurídica de Derecho civil se inclinen por ninguna de las dos opciones de forma homogénea.

Si bien el número de “votos” favorables a la ley de la sede duplica al de los que optan por la ley del fondo, no es menos cierto que el resultado no es lo suficientemente claro -ni en términos cualitativos ni cuantitativos- como para concluir que resulta razonable, y estadísticamente probable, que las partes de un contrato tuvieran la intención de aplicar alguna de las dos leyes en disputa.

Ello nos lleva a entender que cuando un contrato establezca la ley de dos Estados de Derecho civil, no será posible afirmar que existe una norma de conflicto homogénea aplicable, sino que el estudio de la cuestión deberá circunscribirse al análisis de los hechos del caso, sin el apoyo de este criterio complementario.

3.3 Caso 3: escenario mixto

El tercer escenario se presenta cuando la ley del fondo del asunto y la sede del arbitraje pertenecen a sistemas jurídicos distintos.

Teniendo en cuenta que no ha sido posible determinar un resultado lo suficientemente uniforme para las normas inspiradas en el *Civil Law*, mucho menos viable resulta tratar de enfrentar el mismo problema cuando nos encontramos ante un escenario mixto.

Además, el estudio de un caso descrito como “escenario mixto” requeriría desagregar la casuística aplicable en una multiplicidad de escenarios hasta tal punto que no sería posible analizar el problema dentro de un planteamiento general.

90 Véase el art. 5(1) de la Ley 244/2002, de 3 de abril; y Sección 3.3.1 de la CMS Guide to Arbitration - Volume I (Eslovaquia).

Si no resulta posible establecer la norma de conflicto que debe ser tenida en consideración, será necesario estudiar la cuestión, de nuevo, únicamente mediante la elección implícita de las partes.

4. Determinación de la ley aplicable al convenio: doble control

Procede finalizar el estudio de esta materia precisando el planteamiento que debe ser utilizado para la determinación de la ley que rige el contrato de arbitraje.

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el enfoque utilizado toma como base el estudio simultáneo de la elección implícita de las partes junto con el uso de las normas de conflicto descritas en el epígrafe precedente -que también aportan información sobre la intención de los contratantes-.

Así las cosas, en caso de que los hechos del caso sugirieran claramente la existencia de una elección implícita de las partes, no resultaría necesario atender a las normas de conflicto.

En cambio, si dicha elección implícita no resultara clara, o, no existiera ningún hecho que pudiera ser interpretado en este sentido, el uso de las normas de conflicto sugeridas podría arrojar luz sobre la intención de las partes, manteniendo este enfoque complementario entre uno y otro método.

En este último caso, resulta apropiado desagregar el problema en distintos supuestos, que coinciden parcialmente con los empleados en el Apartado 3.

El primer escenario se presenta cuando las normas de conflicto de la ley del fondo y la ley de la sede llevan a la misma solución -Hong Kong y Austria⁹¹, o Alemania e Italia⁹², p. ej.-. En este caso, y en ausencia de hechos que indiquen una elección distinta, la ley aplicable será aquella a la que llevan las normas de conflicto.

El segundo escenario está compuesto por aquellos casos en los que las leyes que rigen el procedimiento arbitral y el fondo del asunto -siempre asumiendo que son elegidos por las partes- están conformados por dos leyes pertenecientes al sistema jurídico del *Common Law*. Dentro de este escenario es necesario discernir entre varias posibilidades.

Uno, las dos leyes aplicables dirigen expresamente a la ley de la sede -posibilidad que se encuadra dentro del primer escenario-.

Dos, las normas de conflicto de una de las dos leyes dirige a la *lex arbitri*, mientras que la otra no contiene ninguna previsión al respecto.

En estos casos, dado que las normas de los dos países elegidos son de *Common Law*, y que ninguna de las dos leyes aplicables señala expresamente que la ley del fondo debe regir la cláusula compromisoria, resulta bastante claro que el convenio arbitral será gobernado por la ley de la sede del arbitraje -en ausencia de otros indicadores-.

91 Véanse notas al pie núm. 65 y 79.

92 Véanse notas al pie núm. 75 y 77.

Tres, si alguna la de las dos leyes elegidas por las partes lleva a que la ley aplicable al convenio debe ser la *lex causae* -p. ej. si se aplica el Derecho de la India⁹³-, la determinación de la norma que debe regir el convenio puede ser más controvertida.

El planteamiento de este artículo se fundamenta en la determinación de la solución elegida *indirectamente* por las partes a través de las normas de conflicto. No obstante, y a pesar de que las leyes de los países de *Common Law* analizadas ofrecen una solución bastante homogénea, la situación puede presentar algunas dudas cuando las partes han elegido una ley de un país de *Common Law* que dirige expresamente a que se aplique al convenio la *lex contractus*.

Por ello, resulta esencial analizar, en estos casos, la elección implícita de las partes de forma complementaria -segundo control-. En caso de que no exista ningún elemento que permita inclinar la balanza en un sentido o en otro, entonces la elección indirecta de la ley de la sede -al tratarse de dos leyes de *Common Law*- resulta plenamente aceptable.

La lógica subyacente es que, en ausencia de otros indicios, es más que razonable entender que dos contratantes de tradición anglosajona hayan asumido que la ley del convenio arbitral sea la ley de la sede, al tratarse de la norma de general aplicación en dicho sistema jurídico. Esto, a pesar de que hayan podido elegir como una de las leyes aplicables la ley de un país que establezca una solución distinta -p. ej. India⁹⁴-.

Como venimos diciendo, este criterio es de aplicación en ausencia de otros indicadores, como puede ser, por ejemplo, que ambos contratantes pertenezcan a un país cuyas normas de conflicto lleven a aplicar la ley del fondo, y únicamente hayan elegido una sede neutral con cuyo ordenamiento no están relacionados -ni familiarizados-, así como una multiplicidad de factores que pueden inclinar la balanza en uno u otro sentido.

La cuestión relevante es que, en ausencia de señales que permitan guiar al tribunal hacia una determinada solución, el criterio de las normas de conflicto pueda establecer una solución aplicable a *falta de otros indicios*.

El tercer escenario se produce cuando la ley de ambos países pertenece al sistema de *Civil Law*, y cuando la *lex causae* y la *lex arbitri* pertenecen a sistemas jurídicos distintos -asumiendo que las normas de conflicto de ambos países no dirigen al mismo resultado-.

En estos casos, no resulta posible determinar una norma de conflicto generalmente aplicable, motivo por el cual habrá que atender, exclusivamente, al estudio de la elección implícita de las partes, como propone la jurisprudencia inglesa reciente o el sistema francés.

5. Conclusión

El análisis de la ley que debe regir el acuerdo de arbitraje ha generado un gran debate entre los distintos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia internacio-

93 Véase nota al pie núm. 73.

94 Véase nota al pie núm. 73.

nal. Debido a ello, resulta extremadamente complicado alcanzar un consenso en esta materia.

La consecuencia de esta situación es la absoluta falta de certidumbre en aquellos casos en los que las partes no realizaron una elección expresa sobre la ley que debe regir el contrato de arbitraje.

Esta cuestión puede afectar de forma decisiva a la validez del convenio arbitral, así como a su alcance o extensión, como se analizó en el Apartado 2.2.

Las normas aplicables pueden establecer requisitos muy diversos para la validez del convenio, o pueden incluso vedar la posibilidad de que pueda ser extendido a terceros no firmantes, aun estando presentes los requisitos jurisprudenciales para ello -en función de si se aplican los principios restrictivos de la LM 1985 o los más flexibles de la LM 2006-.

Este entendimiento es consecuencia lógica de la evolución que ha sufrido la interpretación del art. II de la CNY y de la modificación del art. 7 de la Ley Modelo, como se expone en la Nota Explicativa LM 2006.

Así, la posibilidad de extender el convenio arbitral a terceros no signatarios debe abordarse desde un enfoque global, que tenga en cuenta, con carácter previo al estudio de los requisitos concretos, la ley aplicable a la validez y alcance de la cláusula compromisoria, como se describió en el Apartado 2.2.3.

En efecto, no se puede entender que las partes hayan emitido un consentimiento implícito para la extensión de la cláusula arbitral, si previamente han acordado que se apliquen los requisitos formales y restrictivos de la LM 1985 -escritura, firma, etc.-.

Visto lo anterior, debido a la dificultad e importancia de determinar la ley aplicable al convenio, resulta interesante estudiar la posibilidad de extraer la elección implícita de los contratantes de las normas de conflicto que las partes hayan podido seleccionar, indirectamente, al establecer la *lex contractus* y la *lex arbitri*.

En este sentido, en caso de que las normas de conflicto de la *lex causae* y de la *lex arbitri* lleven expresamente al mismo resultado, es razonable concluir que la voluntad implícita de las partes fue seleccionar este resultado.

En el supuesto de que las normas de conflicto de la ley del fondo y de la ley de la sede no lleven al mismo resultado, pero ambas pertenezcan a la tradición jurídica del *Common Law*, entonces, en ausencia de hechos que lleven a la conclusión de que las partes realizaron una elección implícita distinta, la ley de la sede debe ser aplicable al convenio, al ser la solución ampliamente utilizada en el Derecho común, como se razonó en el Apartado 4.

El anterior planteamiento, que toma como referencia las normas de conflicto aplicables, debe ser complementado, paralelamente, con el estudio de la elección implícita de las partes en el caso concreto -siguiendo el modelo francés o el de la moderna jurisprudencia inglesa-, de forma que pueda comprobarse si ambos criterios dirigen al mismo resultado.

En caso de que el análisis de la voluntad implícita de las partes no lleve a ninguna conclusión, resulta una solución razonable aplicar el resultado derivado de las normas de conflicto, dado que contribuye a disminuir el grado de incertidumbre existente en este campo.

Por otro lado, en aquellos casos en los que una de las dos leyes aplicables al procedimiento arbitral y al fondo del asunto pertenezcan al Civil Law -y las dos normas de conflicto no lleven al mismo resultado-, entonces el modelo de la elección implícita deberá ser utilizado de forma exclusiva, al no ser posible determinar una norma general en estos supuestos.