

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Existencia, validez y arbitrabilidad: la interminable
discusión sobre la legislación aplicable al convenio
arbitral**

Mila Fiorella Farina Chalen

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 18 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Mila Fiorella Farina Chalen

Código: 00213123

Cédula de identidad: 1720100401

Lugar y Fecha: Quito, 18 de abril de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el *Committee on Publication Ethics* descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en: <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

EXISTENCIA, VALIDEZ Y ARBITRABILIDAD: LA INTERMINABLE DISCUSIÓN SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL¹

EXISTENCE, VALIDITY AND ARBITRABILITY: THE NEVER-ENDING DEBATE ON THE APPLICABLE LAW TO THE ARBITRATION AGREEMENT

Mila Farina Chalen²
milafarina11@gmail.com

RESUMEN

En la creciente regulación sobre el arbitraje comercial internacional, aún existe un vacío que ha representado más de un problema en la práctica. En la redacción de los acuerdos arbitrales se pactan una serie de leyes que deben revisarse para entender cuál es la voluntad de las partes. Sin embargo, la legislación aplicable para revisar la existencia, validez y arbitrabilidad del convenio en sí mismo, no suele ser una de ellas. A falta de pacto expreso por las partes, ¿qué norma decide si este acuerdo existe, es válido y arbitrable? La práctica internacional se divide en tres sectores: aquellos que sostienen que se trata de la ley de la sede, los que creen que aplica la ley del contrato, y aquellos que abogan por una teoría deslocalizada. En este estudio se pondrán a prueba dichas doctrinas, con el fin de llegar a una conclusión: la ley aplicable al convenio arbitral.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje Comercial Internacional, Validez, Existencia, Arbitrabilidad, Convenio Arbitral.

ABSTRACT

In the increasing regulation of international commercial arbitration, there still exists a gap that has posed more than one problem in practice. In the drafting of arbitration agreements, a series of laws are agreed upon, which must be reviewed to understand the parties' will. However, the applicable legislation to review the existence and validity of the agreement itself, is not often one of them. In the absence of an express arrangement by the parties, which law decides whether this agreement exists, is valid and arbitrable? The international practice is divided into three main fields: those who argue that it is the law of the seat, those who believe that the law of the contract applies, and those who advocate for a delocalized theory. This study will test these doctrines with the purpose of reaching a conclusion: the law applicable to the arbitration agreement.

KEYWORDS

International Commercial Arbitration, Validity, Existence, Arbitrability, Arbitration Agreement.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo Troya.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.-
5. EL NACIMIENTO: LA EXISTENCIA DEL CONVENIO.- 6. LA SALUD: VALIDEZ DEL CONVENIO.-
6.1. VALIDEZ FORMAL.- 6.2. VALIDEZ MATERIAL O SUSTANCIAL.- 7. LA APLICACIÓN DEL
CONVENIO ARBITRAL AL CASO CONCRETO: LA ARBITRABILIDAD.- 7.1 ARBITRABILIDAD
SUBJETIVA.- 7.2. ARBITRABILIDAD OBJETIVA.- 8. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

La flexibilidad es la característica del arbitraje por antonomasia. El alcance de esa flexibilidad es tal, que no sólo permite a las partes designar la ley que mejor resolverá el fondo de su controversia, sino que también les concede la posibilidad de escoger las normas procedimentales que quieren que se les aplique. Este enorme campo de versatilidad permite que las partes acuerden cuál será la ley que determinará si el convenio arbitral efectuado entre ellas existe, es válido, y puede surtir efectos plenamente.

La importancia de dicho pacto no debe ser pasada por alto. Una omisión de esta índole puede parecer una trivialidad, sin embargo, el resultado podría ser más problemático de lo esperado. Es evidente que no es posible poner en marcha un arbitraje sin un convenio arbitral válido, o que pueda surtir efectos. La ley que se le aplique concluirá aspectos decisivos sobre la formación, terminación, e interpretación del acuerdo de arbitraje.

El procedimiento entero corre peligro el momento en que se pone en tela de duda si el acuerdo realmente existe, o si es que es capaz de activar la vía arbitral de manera eficaz. No obstante, la práctica ha demostrado que las partes a menudo desatienden cuestiones fundamentales como esta. Son pocas las veces en las que se ha determinado, con toda claridad, la ley que le aplicará al acuerdo arbitral.

Si la voluntad es la piedra angular del arbitraje, y el consentimiento es lo que permite que se ponga en marcha, entonces, ¿qué sucede cuando la ley que le aplica al núcleo mismo de este mecanismo no está clara? Inevitablemente surgirán obstáculos en el proceso, algunos incluso insubsanables. Para que un arbitraje realmente puede darse, y se sepan los parámetros bajo los cuales tiene que ser analizado, es imperativo tomar una

decisión sobre la ley que le aplica al convenio arbitral. De esto último se ocupará este estudio.

Como es común en el ámbito legal, no existe unanimidad al intentar resolver esta cuestión. Las posiciones que ha tomado la doctrina son variadas, y tanto la legislación como la jurisprudencia a nivel internacional mantienen teorías que difieren con distancia una de la otra. Si la cuestión que nos atañe aún no ha sido resuelta, es porque cada teoría que se ha propuesto tiene abundantes argumentos a su favor y en su contra. Por ello, a falta de una norma sustantiva que lo regule, y por la división académica frente al problema, el presente trabajo estudiará cuál es la ley para verificar la validez, existencia y arbitrabilidad de un convenio arbitral.

El estudio aportará con una sistematización de la interrogante por medio de una investigación actualizada, con el fin de llegar a una conclusión basada en el análisis crítico de las teorías expuestas. Para ello, el primer punto del desarrollo brindará un contexto necesario de las cuestiones preliminares que conlleva este problema jurídico. Se analizará su existencia, y los supuestos que esta requiere. Al haber sido objeto de numerosos debates y teorizaciones, es esencial comprender las aristas que lo integran, pues no sería extraña la sobredimensión de su complejidad.

En el segundo punto del desarrollo se explorará a profundidad la validez del convenio arbitral. En lo que respecta a la validez formal, se expondrán los requisitos que establece la Convención de Nueva York, CNY, y la interpretación que se le ha dado a sus disposiciones en la práctica internacional. Posteriormente, corresponde indagar sobre las dificultades que presenta encontrar una ley que regule la validez sustancial de un convenio de arbitraje. En este apartado se darán a conocer las distintas tesis propuestas por la doctrina, para resolver el vacío de la ley aplicable al contenido de fondo, que comprende a la capacidad, el consentimiento libre, el objeto y la causa lícita.

El estudio se enfocará en efectuar una evaluación histórico-jurídica del problema, así como un análisis comparativo, sostenido por el tratamiento del arbitraje internacional que le han dado otras legislaciones a nivel mundial. Además, se hará un análisis de estudio de decisiones emblemáticas de la casuística internacional. Con respecto al método utilizado para la investigación, el enfoque se hará desde una perspectiva deductiva. En primer lugar, se partirá del análisis de instituciones generales como la validez y la arbitrabilidad. Subsecuentemente, se analizarán criterios de casos para llegar a conclusiones específicas.

2. Estado del arte

El objeto de estudio de este trabajo, aunque lejos de ser resuelto, ha sido discutido en múltiples ocasiones. En este apartado se abordará lo más importante que ha dicho la doctrina sobre arbitraje comercial internacional, acerca de la ley aplicable para verificar la existencia, validez y arbitrabilidad del convenio.

Piero Bernardini identificó hasta tres posibles normas que le podrían aplicar a la cláusula compromisoria: la ley sustantiva del contrato, o *lex causae*; la ley de la sede del arbitraje, *lex loci*; o, los principios generales y fundamentales del derecho mercantil³. Julian Lew, por su parte, establece que podrían ser hasta cuatro: la norma del lugar donde se llevó a cabo el acto, llamada *locus regit actum*; el derecho de la sede; la ley propia del convenio arbitral, determinada por los principios del derecho contractual; o, la ley propia del contrato sustantivo⁴.

Fue Marc Blessing quien encontró hasta nueve distintas normas aplicables al convenio arbitral, y por ser quien examinaba más a profundidad las complejidades de la práctica, su línea de pensamiento ha sido la más estudiada hasta el momento. Él recoge las teorías de Bernardini y Lew, y adiciona que el compromiso arbitral podría regirse también por: la ley del domicilio de cualquiera de las partes; el derecho del país cuyos tribunales serían competentes, en ausencia de una cláusula de arbitraje; la norma de donde el laudo tendrá mayor probabilidad de ejecutarse; o, por último, una combinación de leyes contemplada en cualquiera de las soluciones anteriores⁵.

Con base a ello, si es que nada se ha dicho expresamente por las partes, voces autorizadas han optado por dirigirse hacia una tesis contractual, que afirma que la ley aplicable al convenio es la aplicable al contrato principal. Redfern y Hunter *et. al.*, por ejemplo, reconocen que, si bien el principio de separabilidad convierte al acuerdo arbitral y al contrato suscrito entre las partes, en dos negocios jurídicos distintos, sí es posible

³ Piero Bernardini, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", en *ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ed. de A. Jan van den Berg (Paris: Kluwer Law International, 1999), 197-203.

⁴ Julian Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause", en *ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ed. de A. Jan van den Berg (Paris: Kluwer Law International, 1999), 114-145.

⁵ Marc Blessing, "The Law Applicable to the Arbitration Clause", en *ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ed. de A. Jan van den Berg (Paris: Kluwer Law International, 1999), 168-188.

suponer que las partes pretendían que la totalidad de su relación se rigiera por el mismo sistema legal⁶.

Gary Born, en contraste, considera que en el tenor de los estándares sustantivos que brinda la CNY, el acuerdo de arbitraje estará sujeto, al menos en parte, a un régimen legal sustantivo diferente del contrato subyacente. En estos términos, lo que parece ser más común tanto en instrumentos internacionales como en leyes internas, es que sea la ley de la sede del arbitraje la que gobierne al convenio arbitral en ausencia de cualquier indicación en contrario⁷.

Por otro lado, Silva Romero⁸ y Sánchez Lorenzo⁹ reconocen una tercera teoría, que propone la anacionalidad o deslocalización del arbitraje. Debido a la autonomía de la cláusula arbitral con el contrato principal, al primero pueden aplicársele reglas distintas de validez de las que rigen al segundo. Sin embargo, esto implica que el convenio no se somete a ninguna ley nacional; se somete a la ley que las partes hayan escogido de común acuerdo, bajo las diferentes reglas de interpretación, para independizar la cláusula compromisoria del Derecho interno de cualquier Estado.

3. Marco normativo

La regulación del arbitraje a nivel internacional es extensa, por ello, es necesario delimitar dónde, y qué se analizará. En este apartado se estudiarán las principales normas aplicables al convenio arbitral en arbitrajes internacionales, además de analizar decisiones de la casuística internacional en casos emblemáticos.

La primera norma sobresaliente es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958¹⁰, mejor conocida como la Convención de Nueva York o Convención. Al ser uno de los instrumentos de *hard law* más importantes en la materia, ha unificado la regulación sustantiva del arbitraje.

De manera complementaria, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, demostró ser clave para continuar esta armonización procesal, y ha servido de base para la redacción de varias

⁶ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ta ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), 164-171.

⁷ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3era ed. (Nueva York: Wolters Kluwer, 2020), 472-635.

⁸ Eduardo Silva Romero, “Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano”, *Revista de Derecho Privado* 28 (2002), 3-43.

⁹ Sixto Sánchez Lorenzo, “El acuerdo de arbitraje: validez formal y sustancial”, en *Arbitraje comercial internacional: Un estudio de Derecho comparado* (Navarra: Cívitas - Thomson Reuters, 2020), 271-316.

¹⁰ Para efectos de este trabajo, se utilizarán los términos “reconocimiento” y “ejecución” como sinónimos.

leyes nacionales de arbitraje¹¹, que serán estudiadas en este trabajo. Es crucial considerar la legislación interna de cada Estado. Esto porque la eficacia de un acuerdo de arbitraje internacional dependerá en última instancia de su validez y ejecutabilidad en los tribunales nacionales, donde se aplican normas de derecho internacional y nacional¹².

En lo que respecta a las cortes, la jurisprudencia internacional ha sostenido diferentes teorías. El caso *SulAmérica Cia. Nacional de Seguros S.A. y otros c. Enesa Engenharia S.A.*, planteó la posibilidad de que el convenio arbitral, por formar parte del contrato principal, esté sujeto a la misma ley de este. En 2012, este caso concluyó que la validez sustantiva del convenio debe ser determinada por la ley del contrato. Si esta no se pudiera aplicar, debe verse la ley con la que el acuerdo tenga la conexión más estrecha y real¹³ sobre la base de las reglas del Derecho internacional privado.

En 2020, el caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS c. OOO Insurance Company Chubb*, marcó un precedente distinto. La corte determinó que a falta de acuerdo expreso, la legislación a la que se somete la validez del convenio arbitral es, generalmente, la ley de la sede del arbitraje¹⁴.

En ambos casos se efectuó un análisis en tres etapas, que se explicará más adelante, el cual intenta determinar cuál fue la ley implícita pactada por las partes. Posteriormente, se demostrará cómo estos precedentes han sido interpretados de distintas formas, y que su aplicación, en la práctica, está aún lejos de ser uniforme.

4. Marco teórico

Como el lector ya habrá podido notar, existe una multiplicidad de teorías propuestas que podrían aplicarse al problema sobre la existencia, validez y arbitrabilidad del convenio arbitral. Sin embargo, para efectos del presente estudio, se analizarán aquellas con más aceptación y difusión en la práctica internacional¹⁵. A estas teorías se

¹¹ Rubén Santos Belandro, “La Pluralidad de los Tratados y de Legislaciones en Relación al Arbitraje Comercial Internacional” en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, 3era ed. (Panamá: Organización de Estados Americanos, 1975), 49-60.

¹² Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 229.

¹³ *SulAmérica Cia. Nacional de Seguros S.A. y otros c. Enesa Engenharia S.A.*, Corte de Apelaciones (División Civil) de Londres, 16 de mayo de 2012, párr. 32.

¹⁴ *Enka Insaat Ve Sanayi AS c. OOO Insurance Company Chubb*, Corte Suprema de Reino Unido, 28 de julio de 2020, párr. 145.

¹⁵ Al analizar las diferentes teorías que resuelven la cuestión de la ley aplicable al convenio arbitral, en este trabajo se utilizará el Método de Elección de Ley o *Choice of Law Method*. Ver, Hege Elizabeth Kjos, “Choice-of-Law Rules” en *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford: Oxford Academic, 2013).

las agrupará en categorías principales, y se explicará la relación que tienen con otras “sub-teorías”, menos empleadas, que convergen en ellas.

La primera, es la teoría de la sede del arbitraje, denominada *lex loci* o *lex locus arbitri*. Esta tesis consiste en “aplicar la ley del país de la sede arbitral a la validez del acuerdo arbitral, tanto formal como sustancial”¹⁶. Está sostenida no sólo por la doctrina y la jurisprudencia ya mencionadas, sino también por las legislaciones nacionales de varios países¹⁷ y otros instrumentos internacionales como la Ley Modelo CNUDMI¹⁸ y la Convención de Nueva York¹⁹. La tesis, secundaria, que aboga por la aplicación de la *lex arbitri* bien puede converger en esta teoría principal, pues como dice Pérez Font, la ley del lugar de la sede habitualmente será también la ley aplicable al arbitraje²⁰.

La segunda, es la teoría de la ley sustantiva o *lex causae*. Bajo esta perspectiva, si las partes eligen una ley concreta para regir el contrato que contiene al convenio arbitral, entonces no debería aplicarse otra ley, que las partes no han elegido, sólo a la cláusula de arbitraje²¹. Múltiples decisiones jurisprudenciales han sostenido esta tesis, aplicando al convenio arbitral la misma ley que rige al contrato principal²². Se verá más adelante que esta línea de pensamiento se sigue con frecuencia en la práctica.

De manera complementaria, la “sub-teoría” de la aplicación de la *lex locus regit actum* suele encajar con esta tesis. La premisa se basa en que, para revisar la validez, deberá aplicarse la ley del lugar donde se celebró el convenio arbitral. Lo que sucede en la mayoría de los casos, es que el contrato contiene la cláusula de arbitraje, por lo que el lugar donde se firman ambos negocios coincide.

Finalmente, existe una tercera teoría que desafía a las anteriores: la tesis de la deslocalización del arbitraje. Este sector de la doctrina, mayormente francesa, considera que los acuerdos de arbitraje derivan su existencia, validez y efectos del Derecho

¹⁶ Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo, “El acuerdo de arbitraje: validez formal y sustancial”, 23.

¹⁷ Ver, artículo 16.4 de las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA): “la ley aplicable al convenio arbitral y al arbitraje será la ley aplicable en la sede del arbitraje” (traducción no oficial).

¹⁸ Ver, artículos 34 (2)(a) y 36 (1)(a) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI], Viena, 21 de junio de 1985.

¹⁹ Ver, artículo V (1)(a) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras [CNY], Nueva York, 10 de junio de 1958.

²⁰ Javier Pérez Font, “La Elección Implícita de la Ley Aplicable a la Cláusula de Arbitraje en el Common Law”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13 (2021), 529-551.

²¹ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 164.

²² Born ha citado, de forma ejemplificativa, los casos ICC No. 6850, XXIII Y.B. Comm. Arb. 37 (1998), No. 6752, XVIII Y.B. Comm. Arb. 54, 55-56 (1993), No. 6379, XVII Y.B. Comm. Arb. 212, 215 (1992), por mencionar algunos. Ver, Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 476.

supranacional, sin que sea necesario remitirse a ningún cuerpo normativo nacional²³. Esto, por cuanto el Derecho interno no ha sido capaz de proporcionar respuestas plenamente convincentes o satisfactorias, ni ha podido evitar decisiones opuestas en la práctica. Así, hay una creciente tendencia de ver no a la ley, sino a las partes, y determinar sus intenciones, teniendo en cuenta sus expectativas justas y razonables²⁴.

Muchos otros autores han propuesto distintas teorías, unas más complejas y menos utilizadas que otras. Si bien serán analizadas brevemente, no se considera que tengan la implementación suficiente para anteponerse a las teorías de la doctrina mayoritaria. Después de un análisis de las distintas líneas de pensamiento que se han propuesto, este estudio concluye que será la teoría de la ley del contrato la que debe aplicársele al convenio arbitral para determinar su existencia y validez. Pero, será la ley de la sede la que aplique cuando se deba determinar la arbitrabilidad.

5. El nacimiento del convenio arbitral: la existencia

Al abordar esta cuestión es fundamental precisar que, para los propósitos de este estudio, el acuerdo de arbitraje es un contrato, y como tal, se le aplica el mismo régimen que a un negocio jurídico. Sería incorrecto decir que hay unanimidad en este criterio, pues eso sucede poco en el mundo del Derecho. Hay quienes sostienen que el convenio arbitral no es una convención generadora de obligaciones, sino meramente de derechos potestativos²⁵. Sin embargo, se tomará la posición de la doctrina mayoritaria, y los requisitos de existencia y validez se analizarán partiendo del Derecho contractual.

Entonces, ¿qué necesita el convenio arbitral para nacer a la vida jurídica? Este es el análisis que se hace en un primer momento procesal. Al ser un negocio distinto del contrato principal, tiene sus propios requisitos. Para verificar su existencia, se deberá constatar: el objeto y el consentimiento. Estas cuestiones son, por naturaleza, aspectos sustantivos del arbitraje, lo cual será indispensable para determinar qué ley le aplica a la existencia de un convenio, sin embargo, se llegará a eso más adelante.

²³ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 170.

²⁴ Marc Blessing, "The Law Applicable to the Arbitration Clause", 174.

²⁵ Ver, Oswaldo Santos Dávalos, "Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 8 (2017), 118-142.

En lo que concierne al objeto, para autores como Caivano²⁶, González de Cossío²⁷ y Salcedo Verduga²⁸, de existir una controversia entre las partes, el convenio arbitral tiene como finalidad específica que estas acudan a arbitraje para resolverlas, en lugar de accionar la vía estatal.

En cuanto al consentimiento, Born sostiene que la cláusula de arbitraje está regida por los principios aplicables al derecho contractual, más específicamente a la formación de contratos²⁹. Por consiguiente, para que exista un acuerdo de arbitraje, las partes deben haber consentido a ese acuerdo. ¿Este consentimiento debe ser inequívoco? Una vez más, las opiniones parecen dividirse. Mientras un sector de la doctrina piensa que el arbitraje solo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes³⁰, las prácticas más recientes optan por una visión más flexible.

Se considera que interpretar la voluntad del convenio arbitral bajo una mirada menos restrictiva le otorga favorabilidad al arbitraje y va de la mano con el principio *in dubio pro arbitri*, fundamental para la eficacia de este mecanismo de solución de conflictos. De cualquier manera, lo primero que deben hacer los árbitros, y de forma extraordinaria, las Cortes, es recurrir a los diferentes métodos de interpretación para establecer si existe consentimiento, y, en caso afirmativo, si está expresado de forma suficiente como para surtir plenos efectos³¹.

Una vez que están claros los requisitos necesarios para la existencia de un acuerdo de arbitraje, lo que corresponde analizar a continuación es bajo qué normativa deben cumplirse los presupuestos de su validez jurídica. Se considera necesario que se analicen estos últimos antes de dar una respuesta sobre la ley aplicable a la existencia. Determinar qué norma le aplica a la validez y existencia del convenio cuando ésta no sea expresamente determinada, es lo que se estudiará a continuación.

6. La salud del convenio arbitral: la validez

²⁶ Roque Caivano, *La cláusula arbitral: evolución histórica y comparada* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008).

²⁷ Francisco González de Cossío, “La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico”, *Anuario mexicano de derecho internacional* 8 (2008), 509-525.

²⁸ Ernesto Salcedo Verduga, “El convenio arbitral”, en *El arbitraje: la justicia alternativa* (Quito: Editorial Jurídica Míguez Mosquera, 2007), 63-80.

²⁹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 81-102.

³⁰ Ver, José Carlos Fernández Rozas, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, en *Estudios de Arbitraje*, ed. de E. Picand (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 695-725.

³¹ Ver, Emmanuel Gaillard, “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales”, *Journal du droit international* 1 (2009), 333-416.

Una vez que se compruebe que el convenio arbitral existe, la siguiente cuestión es, ¿qué necesita para que sea válido? Esta es una segunda fase del *iter* arbitral, en la que habrá que hacer la distinción entre la validez formal y la validez material. De acuerdo con la teoría clásica del derecho de los contratos, la validez formal supone que el acto reúne todas las condiciones establecidas para que pueda producir un resultado normativo, mientras que la validez material supone que el contenido del acto es coherente con las normas superiores que le aplican³².

Ahora, si bien el acuerdo de arbitraje es un contrato, se trata de una especie de contrato *sui generis*, que, al mezclar varios elementos jurídicos, le aplican de distintas formas las definiciones tradicionales del derecho civil contractual³³. Es por ello, que las nociones de validez formal y sustancial van a diferir de las de, por ejemplo, el contrato de compraventa.

La validez formal del convenio arbitral hace referencia, justamente, a la forma en la que este debe llevarse a cabo para que pueda surtir sus efectos. La validez sustancial revisa el fondo, el contenido, analizando que se verifiquen los supuestos de capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito, y causa lícita. ¿A quién le corresponde revisar esta validez? Hay dos opciones: el árbitro, quien en virtud del principio *compétence-compétence*, es responsable de hacer la revisión del convenio primero³⁴; o puede tratarse también de los jueces de cortes estatales, en última instancia y de manera extraordinaria, en las acciones de anulación o ejecución.

6.1 Validez formal

Para que surta efectos, el convenio debe cumplir con ciertos requisitos de forma. Varios reglamentos institucionales y, según Blessing, prácticamente todas las leyes nacionales de arbitraje presuponen o exigen que el acuerdo arbitral se reduzca a escrito³⁵. Es el caso, por ejemplo, de las normas de arbitraje internacional de Ecuador³⁶, Perú³⁷,

³² Jesús Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado. (Notas de teoría y dogmática)”, *Estudios sobre invalidez e ineficacia 1* (2005), 9-74.

³³ Mauricio Jorn Foeth Persson, *Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial-internacional en México* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019).

³⁴ Stavros Brekoulakis, “The Negative Effect of *Compétence-Compétence*: The Verdict has to be Negative”, *Australian Yearbook of International Arbitration 2009*, ed. de C. Klausegger y P. Klein (Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009), 237-258.

³⁵ Marc Blessing, “The Law Applicable to the Arbitration Clause”, 172.

³⁶ *Ver*, Artículo 5, Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador [LAM]. R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

³⁷ *Ver*, Artículo 98, Ley General de Arbitraje N° 26572 de 3 de enero de 1996.

Brasil³⁸ y Colombia³⁹ en Latinoamérica; y, Alemania⁴⁰, Italia⁴¹ e Inglaterra⁴² en Europa, por nombrar algunas.

Existen también ejemplos como Francia, que incluye la escritura del convenio como requisito de validez formal únicamente cuando el arbitraje es doméstico, y no supone condición alguna si es internacional⁴³. Suiza, de manera similar, impone condiciones de formalidad en un arbitraje internacional, sólo si éste es el país de la sede⁴⁴.

La doctrina está de acuerdo en que el requisito de escrituración es una cuestión de validez, no de existencia. Sin embargo, existe un debate sobre si se trata de una solemnidad *ad probationem* o *ad solemnitatem*⁴⁵. Este debate, no obstante, se aleja del alcance de este trabajo.

Para revisar si un convenio arbitral es válido en su forma, la práctica internacional ha mirado hacia la CNY. El requisito más importante que establece es, de igual forma, que el acuerdo conste por escrito⁴⁶. También añade que debe ser “firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”⁴⁷. Lo que se solicita, en síntesis, es evidencia de que las partes realmente han acordado someter sus disputas a arbitraje. Otros instrumentos internacionales que contemplan los mismos requisitos son la Convención de Ginebra de 1961⁴⁸ y la Convención de Panamá de 1975⁴⁹.

Parece sencillo, sin embargo, en este punto es importante advertir que las disposiciones de la CNY y los demás instrumentos mencionados están dirigidos hacia las cortes locales⁵⁰. El debate surge porque teóricamente no hay una obligación de los árbitros

³⁸ Ver, Artículo 4.1, Ley Brasileña de Arbitraje N.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996.

³⁹ Ver, Artículo 69, Ley 1563 del Congreso de la República de Colombia de 12 de julio de 2012.

⁴⁰ Ver, Sección 1031(1), Ley Alemana de Arbitraje 98 - Código de Procedimiento Civil de 1 de enero de 1998.

⁴¹ Ver, Artículo 807, Código de Procedimiento Civil, enmendado por la Ley 137/2023, D.L.105/2023 de 10 de octubre de 2023.

⁴² Ver, Artículo 6.2, Ley de Arbitraje de Reino Unido de 17 de junio de 1996.

⁴³ Ver, Artículo 1507 del Decreto No. 2011-48 del 13 de enero de 2011 [Por la cual se reformaba la ley de arbitraje francesa], “Un acuerdo de arbitraje [internacional] no estará sujeto a ningún requisito en cuanto a su forma” (traducción no oficial).

⁴⁴ Ver, Artículo 178.1, Ley Suiza de Derecho Internacional Privado [PILA] de 18 de diciembre de 1987.

⁴⁵ La norma ha optado por dar diferentes alternativas a la definición del acuerdo de arbitraje. Mientras que la primera opción mantiene el requisito de la escrituración, la segunda no impone requisitos de validez formal al convenio arbitral. Ver, Artículo 7 opción I y II de la Ley Modelo CNUDMI.

⁴⁶ Artículo II (1), CNY.

⁴⁷ Artículo II (2), CNY.

⁴⁸ Artículo I (2)(a), Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961.

⁴⁹ Artículo 1, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975.

⁵⁰ Piero Bernardini, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, 200.

a aplicar las disposiciones de la Convención para cuestiones previas a la ejecución del laudo, a menos que las partes hayan establecido que esa es su voluntad. No se debe olvidar que, como ya se dijo, son ellos quienes efectúan el análisis del convenio en primer lugar.

Aun así, se ha aceptado a nivel internacional que sea la CNY la norma que rijan la validez formal del acuerdo, no sólo si está siendo analizado por las cortes, sino desde que es revisada por el tribunal arbitral. Esto por cuanto a los árbitros se le aplican sus reglas y principios en la medida en que puedan afectar la validez y ejecutabilidad del laudo final.

¿Qué sucede si un país miembro opta por imponer requisitos de forma adicionales? Bajo una interpretación sistemática, el espíritu de la Convención es darle eficacia al arbitraje. Siendo así, debe entenderse que el Artículo II representa un “techo” de requisitos máximos, y no un “piso” de mínimos. En otras palabras, como la norma no requiere que el convenio tenga otros requisitos, los Estados no pueden exigir unos más rigurosos que los establecidos. Solo bajo esta interpretación se puede entender que la Convención es verdaderamente eficiente en favorecer al arbitraje.

Por ser vinculante ante casi todos los Estados a nivel global⁵¹, los requisitos de validez formal que postula la CNY son los únicos aplicables para revisarla. Por ello, de este punto en adelante, el debate sobre la legislación aplicable al convenio arbitral se centrará exclusivamente en su validez material. Asimismo, las teorías descritas en el comienzo de este trabajo se aplicarán sólo a los apartados siguientes sobre validez y arbitrabilidad.

6.2 Validez sustancial o material

A diferencia de lo que sucede con la forma del convenio arbitral, la CNY no regula los presupuestos de fondo que este debe contener. El único precepto de la norma que parece indicar algo al respecto es el Artículo II (3), que obliga a remitir a las partes a arbitraje a menos que se compruebe que el acuerdo “...es nulo, ineficaz o inaplicable”⁵². ¿Cuáles son los criterios para saber si el convenio arbitral sufre alguno de estos vicios? El texto de la norma no lo dice.

La Guía de la Convención de Nueva York intenta brindar una aproximación a los tres conceptos, definiendo como “nulo” a aquel convenio que no pueda producir

⁵¹ *Ver*, Colección de Tratados de las Naciones Unidas, Capítulo XXII, vol. 330, 3 (Lo cual evidencia que, hasta la fecha, ha sido ratificada por 172 Estados).

⁵² Artículo II (3), CNY.

efectos jurídicos, “ineficaz” si es que este no puede usarse para dirimir la controversia entre las partes, e “inaplicable” si es que de primera mano no cumplió con dar inicio al proceso arbitral⁵³. Sin embargo, estas definiciones han demostrado ser insuficientes para determinar qué necesita contener el convenio para ser válido.

¿Qué postula la teoría tradicional acerca de la validez de un acto? Un convenio arbitral debe necesariamente suponer que las partes son legalmente capaces de someter sus disputas a arbitraje, y que el consentimiento que han prestado para hacerlo es libre de vicios⁵⁴. Otros autores hablan del objeto lícito y la causa lícita⁵⁵. Habrá que desglosar qué abarcan estas instituciones jurídicas para después establecer qué ley les aplica.

Primero, la capacidad. Dentro de la teoría clásica de los contratos, la capacidad de ejercicio es una aptitud jurídica, que le permite a un sujeto encontrarse en condiciones de contraer derechos y obligaciones⁵⁶. Esta denominación distingue a quienes están habilitados a celebrar negocios jurídicos, en este caso el contrato de arbitraje, de quienes no lo están. La institución, sin embargo, no es comúnmente regulada en las normas de arbitraje comercial internacional.

El Artículo V (1)(a) de la CNY declara que se podrá denegar la ejecución de un laudo si las partes estuvieran sujetas a una incapacidad “en virtud de la ley que les es aplicable”⁵⁷. Para averiguar cuál es esta ley, es crucial saber distinguir entre la capacidad de arbitrar y el poder de representar a alguien en ese contrato.

En palabras de Gaillard, la primera surge cuando se celebra un acuerdo en nombre propio; la segunda, cuando se lo celebra en interés de otra persona o por quien no tiene una existencia legal autónoma⁵⁸. Lo mismo sostiene *Lew et. al.*⁵⁹, que coincide con Gaillard en que la capacidad de arbitrar está regida por la ley personal de la parte en cuestión; mientras que, si una parte fue debidamente representada al celebrar el convenio

⁵³ Secretaría de la CNUDMI, *Guía Relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York: Naciones Unidas, 2017), 77-82.

⁵⁴ Marlen Estévez Sanz y Roberto Muñoz Rojo, “Validez y eficacia del convenio arbitral”, *Centro Iberoamericano de Arbitraje* 24 (2017), 4.

⁵⁵ Son considerados supuestos de validez de negocios jurídicos en algunas legislaciones, como Ecuador y Colombia; sin embargo, esta regulación no es unánime en la práctica arbitral. *Ver*, artículos 1482 y 1483 del Código Civil ecuatoriano. *Ver*, artículos 1523 y 1524 del Código Civil colombiano.

⁵⁶ Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 353-355.

⁵⁷ Artículo V (1)(a), CNY.

⁵⁸ Philippe Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, ed. por Emmanuel Gaillard y John Savage (La Haya: Kluwer Law International, 1999), 242-243.

⁵⁹ Julian Lew, Loukas Mistelis, y Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 2003).

arbitral, está regida por la *lex locus regit actum*, donde este acto se ha concluido⁶⁰. Esto último por cuanto la representación supone un contrato de mandato, y su perfeccionamiento dependerá del lugar donde se celebre.

De lo anterior se desprende que es posible aplicar distintas leyes al convenio si lo que se está cuestionando es la capacidad de los involucrados. Es decir, no solo pueden existir legislaciones diferentes aplicables al convenio dependiendo de si se está analizando la capacidad, o cualquier otro supuesto de validez; sino que incluso, dentro del mismo análisis de capacidad se podrían aplicar leyes distintas. Empieza a ser evidente la complejidad de tener este enorme campo de flexibilidad en la elección de leyes.

El segundo supuesto que demanda la validez es que el consentimiento sea suficiente para permitir la formación del contrato. La intención de este requisito es garantizar que el acuerdo carezca de vicios respecto de las partes del negocio jurídico⁶¹. Bajo la teoría contractual tradicional, los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo, sin embargo, en arbitraje internacional pueden existir supuestos adicionales⁶².

Del objeto y la causa lícita también podrían surgir una serie de problemas, pues están desprovistos de unanimidad hasta en la teoría clásica. No obstante, ese análisis carecerá de toda relevancia si no se determina con precisión bajo qué ley estos elementos son considerados supuestos de validez. Hay que recordar que todos estos son requisitos que propone el Derecho contractual, y que en arbitraje su aplicación puede variar.

La capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y la causa lícita son cuestiones necesariamente sustantivas, no procedimentales⁶³. Por lo mismo, determinar si un convenio arbitral es materialmente válido o no, sólo podrá verificarse con los requisitos que recoja una ley sustantiva dentro del proceso arbitral⁶⁴. Si las partes pactaron una ley al contrato principal, que regula y afecta directamente los derechos y deberes que

⁶⁰ Es importante precisar que, dentro de la capacidad para arbitrar, la forma de determinar la ley aplicable variará de tratarse de personas naturales o jurídicas, en cuanto su ley personal puede ser el lugar de su residencia, domicilio o sede. Ver, Philippe Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 243.

⁶¹ Cecilia Fresnedo Aguirre, “El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez”, en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, 3era ed. (Panamá: Organización de Estados Americanos, 1975), 169-203.

⁶² La doctrina reconoce que las cláusulas abusivas, asimétricas, y unilaterales, así como la excesiva desproporción y los supuestos de *unconscionability* del derecho anglosajón, son ejemplos de que el consentimiento puede estar viciado. Ver, Pereira García, “Las cláusulas asimétricas en arbitraje” (Tesis doctoral, Universidad Internacional de la Rioja, 2020), 26-27.

⁶³ José Miguel Lecaros Sánchez, “Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral”, *Revista Actualidad Jurídica* 20 (2009), 541-545.

⁶⁴ Leonardo Coronel Larrea e Isabel Núñez Patiño, “La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 10 (2019), 155-186.

surgen de su relación, pero no acordaron una ley aplicable al convenio, resulta lógico suponer que su intención es que sea esta ley la que le aplique a los aspectos sustantivos de la cláusula arbitral.

Justamente para evitar irse en contra de la intención de las partes, resulta apresurado asumir que una ley procesal debe regir sobre aspectos sustantivos. Parece razonable que sea una ley material la que regule, al menos, los aspectos materiales. En abstracto, este puede parecer un razonamiento confuso. Por ello, ahora se estudiará cómo ha sido aplicado en la práctica.

Existen dos grandes precedentes jurisprudenciales que servirán como base del argumento anterior. Primero, el emblemático caso *SulAmérica Cia. Nacional de Seguros S.A. y otros c. Enesa Engenharia S.A., SulAmérica c. Enesa*, en el que se discutió si las partes habían consentido válidamente a someter sus disputas a arbitraje, evaluando si se comprendieron adecuadamente los términos del acuerdo.

Se perfeccionó un contrato que contenía una cláusula arbitral con sede en Londres, sin embargo, se firmaron también dos pólizas que contenían cláusulas de jurisdicción exclusiva para los jueces de Brasil. El asegurado sostenía que el acuerdo arbitral se regía por la ley brasilera, ley del contrato principal, bajo la cual, el convenio no era ejecutable en su contra sin su consentimiento⁶⁵.

En la misma línea, el caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS c. OOO Insurance Company Chubb, Enka c. Chubb*, se discutía si una cláusula de arbitraje incluida en un contrato entre la compañía turca Enka y la aseguradora Chubb, también se aplicaba a las disputas derivadas de un contrato accesorio⁶⁶.

Enka argumentaba que la cláusula arbitral del contrato principal también cubría las disputas derivadas del contrato subordinado, y que la ley que debía revisarse para constatarlo era la de Londres, por ser la sede. Chubb, en cambio, sostenía que las controversias que surjan de este segundo contrato debían ser resueltas por los tribunales estatales de Rusia, la ley del contrato⁶⁷. La cuestión central, era determinar qué ley verificaba si el convenio arbitral alcanzaba a las disputas derivadas del contrato accesorio.

La jurisprudencia manejó ambos casos estableciendo un precedente importante, principalmente en países de *common law*. En estos casos, se ha demostrado que hay una suerte de acuerdo generalizado de hacer un análisis en tres etapas. La primera, consiste

⁶⁵ *SulAmérica Cia. Nacional de Seguros S.A. y otros c. Enesa Engenharia S.A.*, párrs. 6-7.

⁶⁶ *Enka Insaat Ve Sanayi AS vs. OOO Insurance Company Chubb*, párrs. 7-12.

⁶⁷ *Enka Insaat Ve Sanayi AS vs. OOO Insurance Company Chubb*, párrs. 13-24.

en aplicar al convenio arbitral la ley pactada expresa y completamente por las partes. De no existir, la segunda etapa estudia cuál fue la ley implícitamente elegida para aplicar al convenio, y finalmente, si no se puede llegar a una conclusión, la tercera etapa aplicará la ley del lugar que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje, la cual comúnmente es el lugar de la sede⁶⁸.

Para efectos de este estudio, los resultados procesales alcanzados por las Cortes son clave para resolver la cuestión que nos atañe. En ambos casos, los jueces sostuvieron que, si no existe una elección expresa de la ley que debe regir a la cláusula de arbitraje, pero si una que rijan al contrato principal, entonces esa elección se presume implícita para aplicar al convenio⁶⁹. Esta postura edifica la tesis contractual o *lex causae* previamente mencionada.

En síntesis, bajo el criterio de el juez Moore-Bick, analizado en *SulAmérica c. Enesa*, la ley sustantiva rige al convenio arbitral a menos que se interprete que la voluntad de las partes indica lo contrario. En el caso presentado, no podría entenderse que las partes eligieron implícitamente a la ley de Brasil, pues esta ponía en riesgo el acuerdo; sería erróneo –dice el juez– considerar que las partes hayan tenido la intención de elegir un sistema legal que pueda tener este efecto⁷⁰. Como la disputa se tornó en una cuestión procesal, lo más razonable era que se aplique una ley procesal, y esta es la ley de la sede.

Para el caso *Enka c. Chubb*, los jueces determinaron que, bajo el análisis de tres etapas, no existía una ley implícita escogida por las partes. Por ello, fue necesario avanzar hasta la tercera fase, analizando cuál es la ley que presenta una conexión más real y estrecha con el arbitraje, en cuyo caso fue la *lex loci*. Sostienen el mismo dogma de jamás defraudar la voluntad de las partes, estableciendo que, si bajo la *lex causae* el convenio fuera inexistente, inválido, o ineficaz, se interpretará como un indicio de que no se quiso que dicha ley operara como ley aplicable⁷¹.

Más allá de los detalles que se hayan presentado en estos casos, lo que este trabajo rescata e interpreta de ambos precedentes, es que a un convenio arbitral le aplicará la ley del contrato, si lo que se está poniendo en tela de duda es una cuestión sustantiva. Le aplicará, por otro lado, la ley de la sede, una ley adjetiva, cuando lo que se esté cuestionando sean aspectos procedimentales.

⁶⁸ *Ver*, *SulAmérica c. Enesa*, párr. 25. *Ver*, *Enka c. Chubb*, párrs. 44-48, 257.

⁶⁹ *Ver*, *SulAmérica c. Enesa*, párrs. 227-233. *Ver*, *Enka c. Chubb*, párrs. 44-48, 257.

⁷⁰ *SulAmérica c. Enesa Engenharia S.A.*, párrs. 26, 31.

⁷¹ *Enka Insaat Ve Sanayi AS vs. OOO Insurance Company Chubb*, párr. 108.

Esta interpretación en ningún caso vulnera el principio de separabilidad, como han sostenido algunos⁷², pues no se está argumentando que la cláusula arbitral es equivalente, o está supeditada al contrato principal. Tampoco se trata de decisiones contrarias a la CNY. Quienes abogan por la tesis de la *lex loci* sostienen que el Artículo V (1)(a) es una disposición clara que remite a las partes a la ley de la sede ante ausencia de acuerdo⁷³. Esta disposición se encuentra bajo los supuestos de denegación de ejecución de laudos. Por lo mismo, tiene sentido considerarla como la ley que regulará cuestiones de procedimiento.

Además, aplicar la ley de la sede para resolver los requisitos de validez puede ser dificultoso. Primero, porque como ya se mencionó, las leyes de arbitraje no suelen regular quiénes son capaces de someterse a arbitraje, cuáles son las causas lícitas, etc. Segundo, porque si se decide revisar una ley sustantiva del país de la sede, que si regule estos supuestos, se estaría defraudando la voluntad de las partes, pues sería excesivo interpretar que eso fue lo pactado.

Así, se ha conseguido una primera respuesta para la ley aplicable al nacimiento y la salud del convenio arbitral. Este estudio sostiene que este criterio aplica tanto a los supuestos de existencia como a los de validez. Para constatar que existan objeto y consentimiento, se debe primero revisar qué ley define qué quiere decir objeto y consentimiento. Para analizar la capacidad, la voluntad libre, y la licitud del objeto y la causa, habrá que remitirse a una ley regule estos supuestos. En ambos casos, si las partes no lo pactaron antes, la única respuesta puede venir de una ley sustantiva, la ley del contrato.

7. La aplicación del convenio arbitral al caso concreto: la arbitrabilidad

El convenio arbitral puede cumplir todos los supuestos de validez bajo la ley sustantiva, y aun así no ser suficiente para que se lleve a cabo un arbitraje. Se debe tener en cuenta un criterio legal adicional, íntimamente relacionado con los tipos de controversias que pueden ser solventadas por esta vía, y con las personas que pueden ser

⁷² Ver, Javier Pérez Font, “La Elección Implícita de la Ley Aplicable a la Cláusula de Arbitraje en el Common Law”, 537.

⁷³ Ver, Ignacio Santabaya González y Javier García Urbano. “Ley aplicable a la cláusula arbitral: un panorama internacional opuesto a la situación en España”, *Revista Jurídica Pérez-Llorca* 8 (2022), 16-35.

juzgadas por la misma⁷⁴. A esta susceptibilidad tanto de los sujetos como de la materia, es a lo que denominamos arbitrabilidad.

¿Qué la diferencia de la validez? Principalmente, que sus consecuencias jurídicas no son las mismas. Los presupuestos de validez formal y material acarrearán la posible nulidad del convenio arbitral. La falta de arbitrabilidad subjetiva u objetiva del acuerdo, se relaciona con la competencia del tribunal arbitral para conocer la controversia específica, sobre la base de lo que se estableció en la cláusula de arbitraje⁷⁵. Este análisis se efectúa en un tercer momento jurídico, en el que un convenio arbitral podría ser válido, y aun así no tener el poder de iniciar un arbitraje en razón de la persona o de la materia⁷⁶.

7.1 Arbitrabilidad subjetiva

La arbitrabilidad subjetiva integra aspectos *ratione personae*, ya no con respecto a la capacidad de las partes de celebrar el acuerdo de arbitraje como contrato, sino específicamente de con la posibilidad de que los efectos de este le alcancen por ser parte del convenio arbitral. El análisis de quién está cobijado por estos efectos, presupone que el convenio arbitral es válido. En palabras de Caivano, se debe verificar que haya identidad entre quienes sean partes del arbitraje con quienes hayan sido partes en el acuerdo arbitral⁷⁷.

Parte del efecto positivo que genera el acuerdo arbitral es la obligación contractual *inter partes*, de obligarse entre ellas a someterse a lo pactado⁷⁸. En el caso de que no exista esta identidad subjetiva, no habrá manera alguna de vincularles los efectos del convenio. No habría tampoco motivos legales para obligarse a arbitrar un litigio, mucho menos para que se pueda ejecutar un laudo en contra de una de las partes⁷⁹.

Por esto, es necesario hacer la distinción entre la parte formal y la parte sustancial del convenio arbitral. Una parte formal es aquella que activamente ha expresado su voluntad de participar en la celebración del negocio jurídico, mientras que parte sustancial

⁷⁴ Leonardo Coronel Larrea e Isabel Núñez Patiño, “La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad”, 166-167.

⁷⁵ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 116-129.

⁷⁶ Aunque no sean lo mismo, es posible hacer un análisis de la competencia de un tribunal arbitral en función a la arbitrabilidad. Sin embargo, para el presente estudio se dejará de lado el análisis *ratione voluntatis* y para concentrarse únicamente en la competencia *ratione personae* y *ratione materiae*.

⁷⁷ Roque Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, *Foro Jurídico* 12 (2013), 62-78.

⁷⁸ José Carlos Fernández Rozas y Elena Artuch Iriberry, “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”, en *Tratado de Derecho Arbitral* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 745-786.

⁷⁹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 225.

es aquella que posee los intereses dentro de la relación comercial⁸⁰. La regla general es que un solo individuo guarde concordancia con ambas clasificaciones, pero como ya se habrá podido adelantar, esto no siempre sucede.

De los elementos de la arbitrabilidad subjetiva surgen varias complicaciones, exhaustivamente tratadas en la práctica. Principalmente, los problemas relativos a partes no signatarias del convenio arbitral que, entre otros, incluyen las cláusulas en favor de terceros, la verificación de la identidad en grupos de sociedades, o el sometimiento de entidades estatales⁸¹. Estudiando la práctica arbitral internacional, el análisis de la arbitrabilidad *rationae personae* ha dejado en libertad a los tribunales para decidir únicamente con base en su criterio, pues no existe una norma a la cual referirse⁸².

Para obtener una respuesta, se puede utilizar el mismo argumento postulado en la sección anterior. La pregunta, “¿son las partes del convenio, las partes del arbitraje?” se trata de una cuestión de competencia, que, a su vez, es un aspecto procedimental. Por ello, requiere de la respuesta de una norma adjetiva.

Supóngase que A y B firman un contrato de arbitraje, surge una controversia entre ellos, pero al momento de empezar el proceso, C también tiene legítimos intereses que reclamar ante el tribunal. Para saber si esto es posible, habrá que ver la norma sobre el alcance subjetivo del convenio arbitral. ¿Qué ley va a contener las disposiciones que regulen cómo se lleva a cabo el proceso de arbitraje? Una ley adjetiva. En la práctica es cada vez más común que sean estas leyes las que regulan el tema de partes no signatarias al convenio arbitral⁸³.

Por las razones expuestas con anterioridad, para constatar quiénes realmente pueden ser partes del proceso arbitral, debe remitirse a la ley que regula este procedimiento. Las leyes sustantivas regularán los contratos, pero aquella que regule el alcance subjetivo, particularmente del convenio arbitral como negocio jurídico, se encontrará en una norma de arbitraje. Respetando la voluntad de las partes, si acordaron una sede, se debe considerar que la ley aplicable al convenio es esa, por ser la ley procedimental que se

⁸⁰ Hugo García Larriva, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Iuris Dictio* 13 (2013), 253-271.

⁸¹ Sixto Sánchez Lorenzo, “El acuerdo de arbitraje: validez formal y sustancial”, 14-17.

⁸² Valentina Centeno Arteaga, Ana Belén Morales Solís, Romina Sánchez Romero, “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 9 (2017), 253-271.

⁸³ Ver, artículo 6 de el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Ecuador, R.O. 524, 26 de agosto de 2021.

pactó. Así, se considera que la ley que debe revisar la arbitrabilidad subjetiva es la ley de la sede, por ser la que puede resolver problemas de esta índole.

7.2 Arbitrabilidad objetiva

No todas las controversias pueden ser resueltas por medio de arbitraje. La arbitrabilidad de una materia es la que determina si esta es susceptible de resolverse por este mecanismo⁸⁴. En la práctica, ha sido más sencillo identificar qué tipo de disputas si pueden arbitrarse, que señalar aquellas que quedan fuera del marco arbitral. En la actualidad, cada vez hay más regulaciones *pro arbitri* a nivel internacional, que permiten que una multiplicidad de controversias pueda ser resueltas por esta vía.

La arbitrabilidad *ratione materiae* se trata de una cuestión de competencia de los árbitros, y no de validez del acuerdo, pues involucra el pronunciamiento del tribunal arbitral sobre el alcance de su mandato y de sus atribuciones⁸⁵. Como la inarbitrabilidad de la materia es un supuesto distinto que el de objeto ilícito del convenio, nos encontramos ante un momento procesal en el que ya existe un acuerdo capaz de surtir efectos. El problema no será ya del convenio, sino de quienes tuvieran que conocer una controversia reservada para jueces nacionales.

Según la CNY, el acuerdo de arbitraje debe versar sobre un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje⁸⁶. También indica que se puede denegar el reconocimiento de un laudo arbitral si el objeto de la controversia no es susceptible de solución por esta vía, de acuerdo con la ley del lugar en donde se pide la ejecución⁸⁷. A pesar de que el reconocimiento de un laudo no afecta en sí mismo a la arbitrabilidad objetiva de un convenio, es por esta disposición que hay una inevitable vinculación de la arbitrabilidad de una materia con el orden público de cada Estado⁸⁸.

Si bien no pueden entenderse como sinónimos, el orden público incide directamente sobre la arbitrabilidad. Por tanto, si la materia no es arbitrable en el lugar en donde se pretendía que surta efectos, el laudo carecerá de ejecutabilidad. Aún así, si bien esto es claro en la CNY, no resuelve el problema en general. Como se explicó, es una

⁸⁴ Edgar León Robayo, “Perspectiva y arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional”, en *Opinión Jurídica 11* (2012), 131-144.

⁸⁵ Valentina Centeno Arteaga, Ana Belén Morales Solís, Romina Sánchez Romero, “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”, 259.

⁸⁶ Artículo II (1), CNY.

⁸⁷ Artículo V (2)(a), CNY.

⁸⁸ Ver, Francisco González de Cossío, “El Orden Público y la Arbitrabilidad: el Dúo Dinámico del Arbitraje”, *Revista Auctoritas Prudentium 1* (2008), 1-21.

norma que le establece a los jueces estatales lo que deben considerar al momento de ejecutar, pero no resuelve la ley que el árbitro debe utilizar para analizar la arbitrabilidad.

La ley de la sede del arbitraje es la que juega el rol más importante. La arbitrabilidad objetiva es tanto una causal de nulidad de laudos, como un impedimento para ejecutarlos⁸⁹. En este sentido, la sede es el vínculo jurídico que une al arbitraje con el juez competente para conocer la acción de nulidad⁹⁰. Así, el control de un laudo de arbitraje internacional es efectuado por quien conoce la ley del lugar en el que ha sido pronunciado. En síntesis, si el orden público de un Estado determina la arbitrabilidad de una materia, resulta lógico que la ley que se le aplique sea la de ese país.

Esta postura ya ha sido sostenida antes. En el caso *Inter Rao UES Sociedad Anónima Abierta c. Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, Inter Rao c. CELEC*, se cuestionó la arbitrabilidad de la materia de la disputa ante un tribunal arbitral. La controversia surge cuando la entidad pública ecuatoriana termina unilateralmente un contrato administrativo que contenía una cláusula arbitral⁹¹.

Inter Rao inicia un arbitraje con sede en Chile, declarando que CELEC incumplió el contrato por pretender extinguirlo; para comprobarlo, argumentó que se debe utilizar el Derecho chileno. CELEC, en cambio, cuestiona la competencia del tribunal por cuanto, bajo ley ecuatoriana, no son arbitrables las disputas relativas a la terminación unilateral de contratos de Derecho público⁹². En este caso, la cuestión que interesa a este estudio es bajo qué ley los árbitros estarían excediendo su competencia por tratar una materia no arbitrable.

El tribunal arbitral sostuvo que ambas Partes tienen parcialmente la razón, pues tanto la ley de la sede arbitral –el Derecho chileno– como la legislación aplicable al contrato –el Derecho ecuatoriano– son relevantes para determinar la arbitrabilidad de la disputa⁹³. La razón detrás de esto es la postura que mantiene este estudio, el laudo puede ser anulado bajo la ley de la sede.

Parecería haberse solucionado, sin embargo, hay disidencia en la doctrina y jurisprudencia internacional. Born sostiene que el hecho de que un asunto no sea

⁸⁹ En virtud del texto de los artículos II (1) y V (1)(a), CNY

⁹⁰ Eduardo Silva Romero, “La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 2 (2003), 93-99.

⁹¹ *Inter Rao UES Sociedad Anónima Abierta c. Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP*, Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, 29 de mayo de 2023, párr. 50.

⁹² *Inter Rao c. CELEC EP*, párr. 268.

⁹³ *Inter Rao c. CELEC EP*, párr. 307.

arbitrable bajo la legislación interna de un país, no necesariamente significa que no será arbitrable en la esfera internacional de ese mismo país⁹⁴. Es decir, hay que diferenciar la inarbitrabilidad en un contexto doméstico y en un contexto internacional. Además, al revisar el orden público, no hay unanimidad en si se trata de el orden público nacional, el internacional, o el llamado “propiamente internacional”⁹⁵. Estas cuestiones, sin embargo, deberán ser tratadas a profundidad en un estudio aparte.

La tesis de la deslocalización o anacionalidad del arbitraje propuesta por la doctrina francesa sostiene un criterio similar. En el famoso caso *Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico*, Megreb c. Dalico, se sostuvo que la cláusula compromisoria se aprecia con sujeción a las normas imperativas del derecho francés, del derecho internacional y al orden público, sólo según la voluntad común de las partes, por lo que no es necesario remitirse a una ley estatal⁹⁶.

Este estudio considera que dichas posturas dificultan la unificación de las legislaciones aplicables a la arbitrabilidad de un convenio. No hay duda de que en la práctica podrán encontrarse casos en donde los criterios de anacionalidad y deslocalización serán útiles. Sin embargo, se sostiene que, por regla general, debe presumirse que la ley que determine la arbitrabilidad de una materia en el convenio, sea la ley de la sede para efectos de nulidad del laudo, y la ley del país receptor de ese laudo, cuando se busque su reconocimiento.

8. Conclusiones

El presente trabajo analizó cuál es la ley aplicable al convenio arbitral en caso de que no haya sido pactado expresamente por las partes. Para ello, se explicó en primer lugar las aristas a las que está sujeto un convenio arbitral en un arbitraje comercial internacional, brindando un contexto necesario para entender la problemática a plenitud. Se dieron a entender, asimismo, los presupuestos de existencia y validez de la teoría clásica de la formación de los contratos, que le es aplicable.

En segundo lugar, se analizaron las instituciones jurídicas de validez formal y material, partiendo también del régimen jurídico del Derecho contractual. Dentro de la validez formal, se estudiaron las disposiciones de la Convención de Nueva York,

⁹⁴ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 957.

⁹⁵ Pierre Lalive, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, *Revista Brasileira de Arbitragem* 41 (2014), 173-230.

⁹⁶ *Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico*, Corte de Casación Civil, 20 de diciembre de 1993, párr. 3.

concluyendo que estas no sólo se deben interpretar como un “techo”, es decir, como un criterio máximo, sino que se entienden como los únicos criterios de forma que debe comprobar el acuerdo.

Con respecto a la validez material, se analizaron los supuestos de capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícita. Se estudiaron, asimismo, cuáles son los requisitos que cada una de ellas demanda del acuerdo de arbitraje, efectuando un análisis de las diferentes teorías doctrinarias. El principal hallazgo que este estudio determinó en este punto es que la ley aplicable a la capacidad de las partes podría diferir de la legislación que le aplica al resto de presupuestos de validez.

De acuerdo con lo expuesto, la capacidad tiende a revisarse bajo la ley de las partes; y la facultad de representar a alguien en el contrato de arbitraje, bajo la ley del lugar en donde se emitió el acto. Aun así, estos supuestos, de la mano con el consentimiento, y el objeto y la causa lícita, son elementos sustantivos que por regla general deben verse bajo la ley del aplicable al contrato principal. Esto por cuanto se revisa una ley material, que las partes si pactaron, para aplicarla a requisitos igualmente materiales. Los supuestos para verificar la existencia corren esta misma suerte.

El tercer análisis correspondió al de arbitrabilidad, tanto subjetiva como objetiva. Con respecto a la primera, se postularon los diferentes problemas que surgen a raíz de la diferenciación entre partes formales y partes sustanciales del convenio. A pesar de que es un asunto profundamente debatido en la doctrina, la conclusión a la que llegó el estudio es que, al ser una cuestión procesal, le aplica una ley de su misma naturaleza, es decir, la *lex loci*.

La arbitrabilidad objetiva, por otro lado, presenta distintas complejidades. La arbitrabilidad de la materia y la concordancia con el orden público hacen que esté fuertemente vinculada con los ordenamientos internos de cada Estado, y, por ende, que no exista una regulación unánime.

Bajo el espectro de legislaciones analizadas, se ha concluido que la ley que le debe aplicar a la arbitrabilidad de una materia es la ley de la sede del arbitraje, que regula cuestiones procedimentales. Esto, en concordancia con lo que establece el Artículo II de la CNY. Se recuerda, no obstante, que la ley que aplica para denegar el reconocimiento de un laudo por esta causal será la ley del país donde se esté buscando ejecutarlo.

Consecuentemente, se hizo un análisis de la casuística más emblemática sobre la materia. La jurisprudencia ha sostenido una variedad de teorías distintas al aplicar una ley al convenio arbitral, de las que se destacan la ley de la sede, la ley del contrato, o

incluso, aplicar una norma distinta en virtud de la deslocalización y anacionalidad del arbitraje. Los casos *SulAmérica c. Enesa*, y *Enka c. Chubb* marcaron precedentes que han sostenido el criterio final de este trabajo: a los aspectos sustantivos del convenio arbitral le aplicará la ley del contrato, mientras que a los aspectos procesales le aplicará la ley de la sede. La fidelidad a la voluntad de las partes es lo que edifica este criterio.

Resulta evidente lo controversial y complejo que es sostener que al convenio arbitral se le puede aplicar más de una ley dependiendo de cuál sea el aspecto que se está poniendo en tela de duda. No obstante, dados los hallazgos encontrados en este trabajo, es aún más difícil concluir que siempre se aplicará una misma ley al acuerdo arbitral si no hay pacto expreso. De hecho, es posible que una de las razones por las que este problema no ha sido resuelto aún, sea porque la respuesta dependerá enormemente de cómo se haya estructurado el convenio y los hechos de cada caso particular.

La primera limitación que ha encontrado el presente estudio es la falta de normativa de *hard law* que existe al tratar esta materia. Si bien en muchos aspectos las legislaciones internas de los Estados se han uniformizado cada vez más, además de la CNY, poco tiene que ofrecer el Derecho internacional para vincular y homogeneizar la práctica arbitral. Esto resulta alarmante si se tiene en consideración que optar por este método de resolución de conflictos es cada vez más recurrente a nivel global.

Este trabajo también reconoce como limitación la complejidad o inexistencia de las normas sobre conflictos de leyes, dadas por las múltiples conexiones que pueden existir en el arbitraje internacional, y la amplia flexibilidad que este le ofrece a los involucrados. Las partes y los elementos de su relación contractual pueden estar sujetos a una variedad de jurisdicciones. Es por ello, que la determinación de la ley aplicable puede ser especialmente compleja de interpretar.

Por todo lo expuesto, se recomienda tener en cuenta ciertos factores adicionales además de las limitaciones legales. No se puede dejar de enfatizar que la ley aplicable al convenio arbitral va a variar en cada caso concreto. La teoría, en abstracto, solo podrá llevar el entendimiento de esta amplia cuestión hasta cierto punto. Será en la práctica, donde la aplicabilidad de lo que se ha expuesto variará de forma inevitable.

Finalmente, no debe dejarse de lado que responder a la pregunta de qué ley se aplica no será suficiente. También habrá que enfrentarse a la cuestión de cuál es el significado de esa ley, y cómo se la podrá determinar en cada caso particular, bajo una revisión crítica. Estas preguntas no tienen respuestas únicas y este trabajo, si bien plantea un criterio sobre la base de lo estudiado, no debe ser analizado de forma dogmática sino

como una invitación a nuevas conversaciones para desentrañar, en cualquier caso, cuál fue la voluntad de las partes que, al final de cuentas, es la piedra angular del arbitraje.