

# Ley aplicable a la cláusula arbitral: un panorama internacional opuesto a la situación en España

**Javier García Urbano**  
Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

**Ignacio Santabaya González**  
Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

<b>I. Introducción</b>	<b>18</b>
<b>II. Cláusula arbitral y leyes aplicables en un arbitraje</b>	<b>18</b>
1. El principio de separabilidad de la cláusula arbitral	19
2. Leyes aplicables en un arbitraje internacional	20
3. Importancia de la ley aplicable a la cláusula arbitral	21
<b>III. Normas de conflicto de leyes aplicadas en el panorama internacional</b>	<b>22</b>
1. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del contrato	22
2. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley de la sede del arbitraje	25
3. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del Estado con un vínculo más estrecho y significativo a la cláusula arbitral	29
<b>IV. Norma de conflicto en España: el artículo 9.6 LA</b>	<b>31</b>
1. Aplicación y sentido del artículo 9.6 LA	32
2. Inclínación de la jurisprudencia internacional hacia la solución española	34
<b>V. Conclusión</b>	<b>35</b>

Índice/

**Fecha de recepción:** 8 de noviembre de 2022

**Fecha de aceptación:** 15 de noviembre de 2022



**Resumen:** De acuerdo con el principio de separabilidad, la cláusula o convenio arbitral contenida en un contrato puede verse sujeta a una ley distinta a la que aplica al contrato marco. Cuando las partes firmantes no designan expresamente qué ley va a aplicar a la cláusula arbitral, pueden surgir controversias.

El presente artículo examina las diferentes normas de conflicto de leyes empleadas a nivel internacional para determinar la ley aplicable al convenio arbitral en ausencia de elección expresa por las partes. Igualmente, se expondrá cuál es la norma de conflicto que impera bajo la jurisdicción española y cómo opera esta norma a tenor del artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje.

En definitiva, se podrá comprobar que el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje española ofrece una solución que contrasta con la imprevisibilidad que tiñe el panorama internacional.

**Abstract:** Under the principle of severability, arbitration clauses or agreements contained in contracts may be subject to a law other than the law that applies to the underlying contract. Where signatories to a contract do not expressly designate which law is to apply to the arbitration clause, disputes may arise.

This article examines the different conflict-of-law rules used at the international level to establish the law applicable to arbitration agreements in the absence of an express choice by the parties. Accordingly, it will explain which conflict rule prevails in Spanish law and how this rule operates in accordance with Article 9.6 of the Arbitration Act.

In short, Article 9.6 of the Spanish Arbitration Act offers a solution that contrasts with the unpredictability that characterises the international landscape.



**Palabras clave:** Arbitraje internacional; derecho internacional privado; cláusula arbitral; norma de conflicto de leyes; principio de separabilidad; *lex arbitri*; sede del arbitraje.

**Keywords:** International arbitration; private international law; arbitration clause; conflict-of-law rule; separability principle; *lex arbitri*; seat of arbitration.

# Ley aplicable a la cláusula arbitral: un panorama internacional opuesto a la situación en España

## I. Introducción

El procedimiento para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral en ausencia de elección expresa por las partes, es una de las materias que ha dado lugar a mayor inconsistencia e inseguridad jurídica en el ámbito del arbitraje comercial internacional. Desde hace años, tribunales arbitrales y juzgados nacionales han tomado diferentes aproximaciones a este problema, apoyados por una doctrina también inconsistente.

Esta falta de seguridad en la materia puede resultar dañina para el arbitraje, que trata de proveer un sistema de resolución de disputas eficiente, que trascienda las particularidades y complejidades de los sistemas domésticos<sup>1</sup>.

El presente artículo analiza, en primer lugar, la situación jurisprudencial a nivel internacional. Conviene aclarar que la jurisprudencia internacional en la materia no se puede extrapolar, sin más, al ámbito español. Y es que, como veremos posteriormente, en España esta cuestión se encuentra –en principio– resuelta gracias al artículo 9.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la “**LA**”), que también será objeto de estudio.

En todo caso, consideramos que el análisis desde la perspectiva internacional resulta muy pertinente, debido a que la ley aplicable a la cláusula arbitral es una materia confusa en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que no acostumbran a introducir normas de conflicto en relación con la ley aplicable a la cláusula arbitral en su legislación nacional<sup>2</sup>. De hecho, tampoco los más importantes reglamentos de instituciones arbitrales regulan esta materia. Por tanto, analizamos en este artículo el estado actual de la cuestión, tanto a nivel internacional como nacional.

## II. Cláusula arbitral y leyes aplicables en un arbitraje

El arbitraje comercial internacional, en tanto que medio de resolución de controversias privado y consensual, encuentra su fundamento en la intención de las partes de someter sus disputas a arbitraje<sup>3</sup>. Esta intención de las partes es la que otorga poder a un árbitro, o árbitros, para resolver determinadas controversias

---

1 En palabras de Gary Born: “[t]hese deficiencies and inconsistencies make it clear that substantial room for improvement remains on the issue of the law applicable to international commercial arbitration agreements”. En BORN, G. (2014). *The law governing international arbitration agreements: an international perspective* en *Singapore Academy of Law Journal*, nº 26, 814-848.

2 *Vid.* en este sentido GÓMEZ JENE, M. (2017). El Convenio Arbitral: Statu Quo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 7-38.

3 En España, el carácter privado y consensual del arbitraje se ha puesto de manifiesto en importantes sentencias. Entre ellas, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996, 176] y la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2005, de 17 de enero [RTC 2005, 9].

conforme al procedimiento autónomamente establecido, y queda cristalizada a través de uno de los ejes fundamentales<sup>4</sup> del arbitraje: la cláusula arbitral<sup>5</sup>.

## 1. El principio de separabilidad de la cláusula arbitral

La cláusula arbitral se configura como el acuerdo en que las partes consienten en someter a arbitraje ciertas disputas. A pesar de que este acuerdo suele aparecer contenido en un contrato, uno de los principios esenciales del arbitraje a nivel internacional es que la cláusula arbitral es separable, autónoma o independiente del contrato que la contiene o de la relación principal a la que se refiere. Se trata del principio de separabilidad, según el cual “[l]a decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”<sup>6</sup>.

Si no existiese este principio, no sería posible recurrir a arbitraje para declarar que el contrato que contiene la cláusula es, por ejemplo, nulo de pleno derecho. Además, de este modo, el tribunal arbitral puede decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal sin despojarse de su propia competencia<sup>7</sup>. Es decir, el principio de separabilidad protege la cláusula arbitral de los defectos del contrato marco<sup>8</sup> y eleva la intención de las partes de someter las disputas a arbitraje.

Este principio también cuenta con un amplio reconocimiento en España: “el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”<sup>9</sup>. Así ha sido además reconocido por la doctrina<sup>10</sup> y la jurisprudencia<sup>11</sup>, de modo que la separabilidad de la cláusula arbitral es un principio indudablemente asentado tanto en España como en el resto del mundo<sup>12</sup>.

---

4 BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP Oxford, 6ª ed., párr. 2.01: “*The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration*”.

En España, *vid.* MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (2006). *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, p. 274: “*el convenio arbitral es la piedra angular de cualquier arbitraje*”.

5 También denominada, entre otras formas, “convenio arbitral” o “acuerdo arbitral”. Además, se suele diferenciar entre “cláusula arbitral” como el acuerdo por el que las partes consienten en someter a arbitraje las disputas que puedan surgir— y “acuerdo de sometimiento a arbitraje”, como aquel en que las partes refieren a arbitraje una disputa que ya ha surgido.

6 Artículo 16(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 (la “**Ley Modelo (CNUDMI)**”).

7 VIRGÓS, M. El convenio arbitral en el arbitraje internacional, en *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, 14-2006, p. 14. Además, el tribunal decide sobre su propia jurisdicción bajo el principio *kompetenz-kompetenz*.

8 BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M., *op. cit.*, párr. [2.102].

9 Artículo 22.1 LA.

10 Entre otros, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, CIVITAS: Madrid, 1984, p. 132; GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch: 2004, p. 191.

11 Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/1994, de 28 de abril [RJ 1994, 2975] y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 776/2007, de 9 de julio [RJ 2007, 4960].

12 MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J.M (2006), *Tratado de Derecho Arbitral*, Aranzadi, 3ª ed, p. 1138.

Ahora bien, una de las consecuencias de que la cláusula arbitral sea un acuerdo autónomo es que puede estar regida por una ley distinta a la ley del contrato<sup>13</sup>. Conviene en este punto introducir las leyes que aplican en un arbitraje internacional.

## 2. Leyes aplicables en un arbitraje internacional

En un procedimiento arbitral internacional entran en juego diversas leyes o normas jurídicas. Por un lado, se encuentra la ley aplicable al fondo del asunto<sup>14</sup>, ley que va a emplear el órgano arbitral para dirimir sustantivamente la disputa. Por el otro, se encuentra la ley aplicable al arbitraje –que no *en* el arbitraje–, típicamente denominada *lex arbitri*<sup>15</sup>, que es la ley de la sede<sup>16</sup> del arbitraje. El contenido de la *lex arbitri* depende de cada jurisdicción, pero suele regular aspectos procesales (por ejemplo, la composición del tribunal arbitral) y no procesales (como la intervención de juzgados nacionales, los motivos de anulación de laudo o la arbitrabilidad de la disputa). En tercer lugar, existe una categoría de normas jurídicas procesales que pueden desplazar a la *lex arbitri* (en aquello no imperativo) y que concretan el procedimiento arbitral. Estas pueden ser reglas institucionales (por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional<sup>17</sup> (la “CCI”) o *ad hoc*. Se trata de disposiciones más detalladas que la *lex arbitri*, que la desplazan o complementan y otorgan a las partes mayor autonomía para diseñar el procedimiento<sup>18</sup>.

También coexisten en un arbitraje otras leyes que, en ocasiones, pueden cobrar importancia. Es el supuesto de la ley que determina la capacidad de las partes para arbitrar, que para personas naturales suele ser la ley de su nacionalidad y, para personas jurídicas, la ley de su sede<sup>19</sup>. O, también, la ley de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral, que en realidad no es única, sino que es la ley de cada Estado donde una parte pretenda el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral<sup>20</sup>.

---

13 BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2ª ed, 2014, p. 351.

14 También denominada *lex causae*.

15 También denominada *lex loci arbitri* o *curial law*.

16 La sede es la localización jurídica del arbitraje. No tiene nada que ver con la localización física donde se producen actuaciones procesales, como las audiencias, sino que se trata de la localización jurídica del procedimiento arbitral. El concepto de sede o sitio del arbitraje surge porque, pese a que el arbitraje es un medio privado de resolución de disputas, el éxito del proceso depende del apoyo que reciba de un Estado. Así, cuando las partes seleccionan una sede o sitio, someten el arbitraje a las reglas de esa jurisdicción, en términos de apoyo y supervisión.

17 <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

18 Esta idea se recoge, en España, bajo el artículo 25 LA.

19 Las normas de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable a la capacidad para arbitrar varían de una jurisdicción a otra. Para una explicación más detallada: GAILLARD, E., y SAVAGE, J. (1999), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, párr. [453] - [470].

20 Esta ley también se conoce como *lex fori*.

Finalmente, se encuentra la ley aplicable a la cláusula arbitral. Como se ha mencionado, una de las consecuencias del principio de separabilidad es que la cláusula arbitral, en tanto que acuerdo autónomo para la resolución de disputas, no tiene por qué seguir la ley que aplica al resto del contrato. Así, para determinar esta ley es necesario realizar un análisis de conflicto de leyes propio y separado del contrato principal<sup>21</sup>. Es decir, de la autonomía sustancial de la cláusula se deriva una autonomía conflictual<sup>22</sup>, lo que en España queda claramente admitido por la propia redacción del artículo 9.6 LA.

### 3. Importancia de la ley aplicable a la cláusula arbitral

La ley aplicable a la cláusula arbitral es típicamente olvidada en la negociación de un contrato. Las partes no suelen incluir esta ley, probablemente por la consideración de la cláusula arbitral como una *midnight clause*<sup>23</sup>. Pero, una vez se asume que la cláusula arbitral es el fundamento esencial del arbitraje, la trascendencia de esta ley se vuelve evidente.

En este sentido, la ley aplicable a la cláusula arbitral gobierna diversos aspectos en referencia a la misma, como la existencia, validez, efectividad, ámbito de aplicación, interpretación, renuncia, terminación o ejecución de la cláusula<sup>24</sup>. Entre estos aspectos, destaca la validez de la cláusula. Defectos en la validez implican la ausencia de jurisdicción del tribunal arbitral y, en su caso, que el laudo pueda ser anulado o no ejecutado<sup>25</sup>. Por tanto, la gran mayoría de disputas sobre la ley aplicable a la cláusula arbitral giran en torno a la validez, pero no se debe olvidar que esta ley también regula aspectos adicionales.

En definitiva, la aplicación de una ley u otra a la cláusula arbitral puede determinar la propia existencia del procedimiento arbitral o la futura validez del laudo emitido. Por ello, se trata de un asunto de máxima importancia. Dado que las partes no suelen indicar expresamente cuál es esta ley, tribunales y juzgados han recurrido a diversas normas de conflicto de leyes para determinarla, como veremos a continuación.

---

21 BLESSING, M. (1998). The Law Applicable to the Arbitration Clause, en *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, coord. por VAN DEN BERG, A., *ICCA Congress Series*, nº 9, p. 168.

22 ESCRIBÍ MONTOLIÚ, M.Á. (2015). El convenio arbitral en el Derecho Español. Universitat Jaume I (p. 520).

23 Así se denominan las cláusulas que no reciben mucha discusión en la negociación de un contrato.

24 BORN, G., *International Commercial... op. cit.*, p. 490.

25 Artículo V (1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 10 de junio de 1958 en Nueva York (la "**Convención de Nueva York**").

### III. Normas de conflicto de leyes aplicadas en el panorama internacional

Como mencionamos, una consecuencia del principio de separabilidad es que el convenio arbitral puede estar regido por una ley diferente a la ley del contrato. Las partes contratantes pueden indicar expresamente cuál debe ser esta ley; sin embargo, no es lo habitual. Por lo tanto, tribunales arbitrales y juzgados nacionales han tenido que recurrir a diversas normas de conflicto para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral. Dado que la Convención de Nueva York es ambigua en este sentido y que el Reglamento Roma I excluye el arbitraje<sup>26</sup>, los tribunales a nivel internacional han tenido libertad para decidir qué norma de conflicto aplicar<sup>27</sup>. Tanto es así que se han llegado a proponer hasta nueve normas de conflicto diferentes<sup>28</sup> –no es de extrañar que algunos autores se refieran a esta situación como una magnífica confusión–<sup>29</sup>.

En este sentido, analizaremos las tres normas de conflicto que tradicionalmente más se han aplicado<sup>30</sup>: (i) a favor de la ley del contrato; (ii) de la ley de la sede arbitral; y (iii) de la ley del Estado con el vínculo más estrecho.

#### 1. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del contrato

Se trata de una solución que los tribunales han alcanzado de forma recurrente en las últimas décadas: sencillamente, extender la ley del contrato a la cláusula arbitral.

El principal argumento al que han recurrido los tribunales a nivel internacional para aplicar la ley del contrato a la cláusula arbitral consiste en entender que la selección de la ley realizada por las partes contratantes se debe extender al convenio arbitral, por ser una cláusula contenida en el contrato<sup>31</sup>. Es decir, si un contrato incluye una cláusula que expresa “Este contrato se regirá por las leyes de España”, numerosos tribunales han interpretado que esta selección de la ley aplicable al contrato se debe extender a la cláusula arbitral.

---

26 Artículo 1.2(e) del Reglamento (CE) No 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (el “Reglamento Roma I”).

27 Los artículos II y V de la Convención de Nueva York no establecen una norma de conflicto clara para determinar qué ley debe aplicar a la cláusula arbitral. Además, aunque el tribunal arbitral debe regir sus actuaciones por lo contenido en la *lex arbitri*, el tribunal no tiene *lex fori*. Esto significa que el órgano arbitral no tiene la obligación de seguir la norma de conflicto de leyes que exista en la sede del arbitraje, más allá de lo contenido en la *lex arbitri*. Son pocas las jurisdicciones que incluyen en la *lex arbitri* una norma de conflicto para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral. Para un análisis más detallado: BERGER, KP, *op. cit.*, p. 306.

28 BLESSING, M., *op. cit.*, p. 168.

29 *Ibid.*

30 Debemos recordar que esta heterogeneidad de normas de conflicto se ha aplicado en supuestos en que las partes no han indicado expresamente la ley del convenio arbitral. Si las partes lo indican expresamente, el tribunal tan solo debe reconocer la ley que hayan elegido como aplicable.

31 BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M., *op. cit.*, párr. [3.12].

Por ejemplo, en *Leibinger v Stryker Trauma*<sup>32</sup>, el contrato de compraventa contenía una cláusula de ley aplicable a favor de la ley alemana. El tribunal sostuvo que, una vez se asume que el convenio arbitral es parte integrante del contrato de compraventa, es evidente que la ley alemana también debe aplicar al convenio arbitral<sup>33</sup>.

La idea de esta norma de conflicto –a favor de la ley del contrato– es simple: cuando el contrato marco contiene una elección expresa de ley aplicable, pero en el convenio arbitral no se designa la ley aplicable a éste, el convenio se regirá normalmente por la ley expresamente elegida para regir el contrato marco<sup>34</sup>. Es decir, se establece la presunción de que, salvo clara intención en contrario, la ley aplicable será la ley del contrato.

Esta conclusión ha sido del mismo modo alcanzada por parte de la doctrina, que propone que la cláusula arbitral debe seguir la ley del contrato, en tanto que es parte del contrato subyacente<sup>35</sup>.

Asimismo, numerosos tribunales<sup>36</sup> también han acudido a la ley del fondo para aplicarla al convenio. Buena muestra de ello es el caso CCI núm. 6752<sup>37</sup>, donde se sostuvo que la cláusula de elección de ley del contrato aplica necesariamente a la cláusula arbitral<sup>38</sup>. O, del mismo modo: "*it is reasonable and natural [...] to submit the arbitration clause to the same law as the underlying contract*"<sup>39</sup> [es razonable y natural someter la cláusula arbitral a la misma ley que el contrato subyacente].

En definitiva, tribunales, juzgados y doctrina extienden la elección de una ley para el fondo del asunto al convenio arbitral. O, dicho con mayor precisión, se establece la presunción de que, salvo que alguna circunstancia apunte muy claramente a otra ley, aplica la ley del contrato<sup>40</sup>.

---

32 [2006] EWHC 690, (Comm).

33 *Ibid*, párr. [38]: "[i]f here is a proper law clause in the sale and purchase agreement and the Arbitration Agreement is an adjunct to it. [...] once it is seen that the arbitration agreement is really part and parcel of the sale agreement, the inference of German law is overwhelming".

34 Este razonamiento fue aplicado, por ejemplo, en *Sonatrach Petroleum Corp v Ferrell International Ltd* [2001] EWHC 481 (Comm), párr. [32]: "[w]here the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitrate contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract".

35 MUSTILL, M. y BOYD, C. (1989), *Commercial Arbitration*, Butterworths, 2ª ed., p. 63. También citado en *Sulamérica v Enesa (...)* [2013] 1 WLR 102, párr. [17].

36 Entre muchos otros, *Piallo GmbH v Yafriro International Pte Ltd* (2014) 1 SLR 1028; *Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza SpA v Rals International Pte Ltd* (2016) 1 SLR 79; *Recyclers of Australia Pty Ltd v Hettinga Equipment Inc* (2000) 175 ALR 725; *National Thermal Power Corp v Singer Co* (1992) INSC 146; o *BCY v BCZ* [2017] 3 SLR 357.

37 Laudo Final en Caso CCI núm. 6752. En *XVIII Y.B. Comm. Arb.*, 1993.

38 *Ibid*, pp. 54, 56: "[la cláusula de ley aplicable al contrato] necessarily applies to the arbitration agreement contained in the same article."

39 Laudo Final en el caso CCI núm. 6840. En ARNALDEZ, J., DERAIS, y., HASCHER, D. (1997), *Collection of ICC Arbitral Awards 1991–1995*, Kluwer Law International, pp. 75, 467 y 469.

40 BORN, G., *International Commercial...*, op. cit., pp. 515-516.

Esta aproximación se fundamenta en el principio de autonomía de las partes (en detrimento del principio de separabilidad), suponiendo que la elección de una ley aplicable al fondo constituye una elección implícita de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. En otras palabras, se presume que las partes han querido someter todos sus litigios a un mismo ordenamiento jurídico<sup>41</sup>. En el mismo sentido se manifestó el tribunal del caso *BCY v BCZ*<sup>42</sup>.

Un aspecto importante a tener en cuenta en relación con esta norma de conflicto es que la jurisprudencia internacional más reciente parece decantarse por la presunción de que la ley del contrato aplicará a la cláusula arbitral.

Así se indicó en el famoso caso *Sulamérica v Enesa*<sup>43</sup> ("**Sulamérica**"), decidido por la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales en 2012, que ha sido empleado como guía por numerosos tribunales durante los últimos años:

*"In the absence of any indication to the contrary, an express choice of law governing the substantive contract is a strong indication of the parties' intention [...]. A search for an implied choice of proper law to govern the arbitration agreement is therefore likely [...] to lead to the conclusion that the parties intended the arbitration agreement to be governed by the same system of law as the substantive contract, unless there are other factors present which point to a different conclusion."*<sup>44</sup> [En ausencia de cualquier indicación en contrario, una elección expresa de la ley que rige el contrato es una fuerte indicación de la intención de las partes [...]. Por lo tanto, la búsqueda de una elección implícita de la ley aplicable a la cláusula arbitral es probable [...] que lleve a la conclusión de que las partes quisieron que la cláusula arbitral se rigiera por la misma ley que el contrato, a menos que existan otros factores que apunten a una conclusión diferente].

Posteriormente, otros leading cases como *Enka v Chubb*<sup>45</sup> ("**Enka**") o *KFG v Kabab-Ji*<sup>46</sup> ("**KFG**") también han respaldado esta presunción a favor de la ley del contrato. De hecho, de acuerdo con algunos comentarios recientes, esta

---

41 FLANNERY, L. (2016). The law applicable to the arbitration agreement. Paper for International Arbitration Conference, Dublin, p. 11.

42 (2017) 3 SLR 357, párr. [59]: "it is reasonable to assume that the contracting parties intend their entire relationship to be governed by the same system of law".

43 SulAmérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA [2012] 1 Lloyd's Rep 275.

44 *Ibid*, párr. [26].

45 Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant) [2020] UKSC 38. En concreto: "[i]t is natural to interpret such a governing law clause, in the absence of good reason to the contrary, as applying to the arbitration clause for the simple reason that the arbitration clause is part of the contract which the parties have agreed is to be governed by the specified system of law".

46 Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48.

KFG v Kabab-Ji es un caso que refleja muy bien la disparidad de criterios en el panorama internacional. La disputa generó dos procedimientos paralelos: uno en Inglaterra y otro en Francia, buscando el reconocimiento y ejecución del laudo. Mientras el Tribunal Supremo inglés ha abogado por la aplicación de la ley del contrato, la Corte de Casación francesa ha resuelto, en la reciente decisión de 28 de septiembre de 2022, que la ley del sitio aplica a la cláusula arbitral.

presunción a favor de la ley del contrato reforzaría la consistencia, previsibilidad y seguridad jurídica de las partes en el momento de decidir sobre la ley aplicable a la cláusula arbitral<sup>47</sup>.

No obstante, se trata únicamente de presunciones, que pueden ser derrocadas en favor de la ley de la sede. Tanto es así que, por ejemplo, en Sulamérica, el juzgado acabó aplicando la ley del sitio.

## 2. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley de la sede del arbitraje

Si bien numerosos tribunales y parte de la doctrina se han decantado a favor de la ley del contrato, muchos otros han encontrado deficiencias en esta norma de conflicto.

Así, un sector de la doctrina sostiene que la extensión de la ley del contrato al convenio arbitral no es del todo consistente con el principio de separabilidad<sup>48</sup>. Del mismo modo que la invalidez de un contrato no conlleva la invalidez del convenio arbitral, la ley del contrato no tiene por qué imperativamente aplicar también al convenio. Así, numerosos tribunales sostienen que el principio de autonomía de las partes no sugiere la extensión de la ley del contrato al convenio arbitral.

Por ejemplo, en *FirstLink v GT Payment*<sup>49</sup> ("**FirstLink**") se expresó que lo natural es que las partes no quieran que su relación contractual, de la que surgen derechos y deberes comerciales, esté sujeta al mismo ordenamiento que aplicaría a su relación de resolución de disputas<sup>50</sup>.

Puesto que la extensión de la ley de un contrato a otro no es algo inmediato, numerosas autoridades han criticado este principio apoyándose en que, en realidad, la ley del fondo no está tan conectada con la cláusula arbitral. En este sentido, sostiene parte de la doctrina que, en realidad, la ley más conectada a la cláusula arbitral es la ley del sitio o sede del arbitraje<sup>51</sup>, y que por lo tanto ésta debe ser la aplicable.

En relación con este punto, se ha indicado que la cláusula arbitral es un acuerdo de carácter principalmente procesal, en tanto que establece el medio de

---

47 Norton Rose Fulbright, "*Enka v Chubb - UK Supreme Court clarifies how to determine which law governs an arbitration agreement in absence of an express or implied term*". Noviembre, 2020. <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/667a9f4c/enka-v-chubb>

48 BORN, G., "The law governing international arbitration agreements...", *op. cit.*, párr. [45].

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

50 *Ibid*, párr. [13]: "[t]here can therefore be no natural inference that commercial parties would want the same system of law to govern these two distinct relationships".

51 DERAIS, Y. y SCHWARTZ, E., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 2ª ed, 2005, pp. 111-114; LEW, J., MISTELIS, L. y KRÖLL, S., *op. cit.*, párr. [6-23].

resolución de disputas<sup>52</sup>. Por ello, se argumenta que sería inconsistente aplicar un ordenamiento jurídico a esta cláusula que desde un primer momento ha sido pensado por las partes para aplicar al fondo del asunto, es decir, a una relación puramente contractual.

En este sentido, parte de la jurisprudencia sostiene que:

*"If the parties' will is unclear we must presume, as it is the nature of arbitration agreements to provide for given procedures in a given place, that the parties intend that the law of the place where the arbitration proceedings are held will apply"*<sup>53</sup>. [Si la voluntad de las partes no es clara, debemos presumir –ya que la naturaleza de los convenios arbitrales es establecer procedimientos determinados en un lugar determinado– que las partes tienen la intención de que se aplique la ley del lugar donde se celebra el procedimiento de arbitraje].

Además, se suele considerar que la sede del arbitraje es el centro de gravedad jurídico que da vida y efecto a un convenio arbitral<sup>54</sup>.

A mayor abundamiento, la Convención de Nueva York establece una norma de conflicto a favor de la ley del sitio. Merece la pena detenerse en este punto y destacar el contenido del artículo V de la Convención de Nueva York:

"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o [...]." [El subrayado es nuestro].

Este artículo V permite que se deniegue el reconocimiento o ejecución de un laudo si se prueba que la cláusula arbitral no es válida en virtud de: (i) la ley a la que las partes la han sometido; y (ii) ante la ausencia de indicación por las partes,

---

52 *Vid.* por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza de 7 de octubre de 1933, *Tobler v Justizkommission des Kantons Schwyz*, DFT 59 I, p. 177. De igual forma, la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza, de 28 de mayo de 1915, *Jörg v Jörg*, DFT 41 II, p. 534.

53 Sentencia del Tribunal Supremo de Tokio (Tokyo Koto Saibansho), de 4 de septiembre de 1997, *XX Y.B. Comm. Arb.*, p. 745. En igual sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza de 7 de octubre de 1933, *Tobler v Justizkommission des Kantons Schwyz*, DFT 59 I, p. 177.

54 *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* [2014] SGHCR 12, párr. [14]: *"the arbitral seat is the juridical centre of gravity which gives life and effect to an arbitration agreement"*.

la ley del país en que se haya dictado la sentencia (esto es, la ley del sitio o sede del arbitraje).

Es decir, la norma de conflicto que establece la Convención de Nueva York favorece la aplicación de la ley del sitio ante ausencia de acuerdo. Esto implica evidentemente una dificultad a la hora de defender la aplicación de la ley del contrato a la cláusula arbitral.

Por supuesto, a los tribunales siempre les queda la posibilidad de argumentar que se aplica la ley del contrato porque las partes implícitamente la eligieron. Desde luego, este razonamiento ha sido expresamente invocado por numerosos tribunales<sup>55</sup>. Sin embargo, es cuanto menos relevante que la Convención de Nueva York incluya una norma de conflicto favorable a la ley del sitio sobre la ley del contrato.

Todo lo mencionado ha llevado a parte de la jurisprudencia y doctrina a establecer la siguiente presunción: la ley de la sede del arbitraje aplica a la cláusula arbitral, salvo clara indicación en contrario. Esta presunción se ha visto apoyada, como decíamos, por el carácter procesal del convenio arbitral. Sin embargo, esta vertiente también tiene sus críticos.

En primer lugar, el convenio arbitral no es solo procesal. También tiene un carácter contractual o sustantivo<sup>56</sup>. Al fin y al cabo, esta cláusula da lugar a derechos y obligaciones de carácter sustantivo o contractual, y no solo procesal<sup>57</sup>. Muestra de ello es que, si una parte incumple el acuerdo de arbitraje, la otra puede solicitar remedios estándar por incumplimiento de contrato, incluso daños<sup>58</sup>. En consecuencia, parte de la doctrina considera que la naturaleza de la cláusula arbitral es tanto procesal como sustantiva<sup>59</sup>.

En segundo lugar, es importante recalcar que, cuando hablamos de ley aplicable a la cláusula arbitral, esta ley incluye normativa sustantiva o de fondo, y no solo la ley arbitral. De hecho, en gran parte de las ocasiones, aspectos como la validez de la cláusula arbitral vendrán determinados por leyes de carácter sustantivo y no por la ley de arbitraje que marca el procedimiento arbitral<sup>60</sup>. Es posible argumentar

---

55 Entre otros, el Tribunal Supremo de Singapur en *BCY v BCZ* [2017] 3 SLR 357, párr. [64]. Y, más importante aún, ha sido la línea argumental principal desarrollada en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales en el caso *KFG*. En este caso, el tribunal argumentaba que la selección de una ley de aplicación al contrato marco era un suficiente indicador de las intenciones de las partes de que la cláusula arbitral también estuviera gobernada por la ley del contrato. De esta forma, el Tribunal Supremo inglés logra conciliar la presunción a favor de la ley del contrato con el artículo V.1, a) del Convenio de Nueva York. Se trata de una resolución de gran relevancia en el panorama internacional.

56 BANTEKAS, I. (2010). The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy, *Journal of Int'l Arbitration*, vol. 27, pp. 1-8.

57 COLE, T. y ORTOLANI, P. (2019), *Understanding International Arbitration*, Routledge, 1ª ed, p. 53.

58 *Ibid.*, p. 85.

59 LEW, J. (2006). The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, en *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, coordinado por VAN DEN BERG, A., Kluwer Law International, pp. 114, 117.

60 GAILLARD, E. y SAVAGE, J., *op. cit.*, párr. [424].

que la cláusula arbitral tiene una gran conexión con la ley de arbitraje del sitio. Sin embargo, no es del todo clara la conexión que pueda tener la cláusula arbitral con, por ejemplo, el derecho contractual contenido en el ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje. Así, sugieren algunos autores<sup>61</sup> que, mientras la ley de la sede aplica a aspectos del procedimiento arbitral como puede ser la relación entre el tribunal arbitral y los juzgados nacionales, la ley aplicable a la cláusula arbitral determinará aspectos como la validez o la interpretación de la cláusula, que en ocasiones no tienen nada que ver con el procedimiento arbitral y que son cuestiones de derecho contractual.

Por otro lado, el principio de separabilidad en sí mismo, que determina la independencia conflictual de la cláusula arbitral con respecto al contrato marco, también ha sido criticado por la doctrina. Y es que, según algunos autores, no basta con enunciar este principio para motivar la aplicación de la ley del sitio: la separabilidad de la cláusula no significa que, necesariamente, debe aplicarse una ley distinta a la ley del contrato<sup>62</sup>. Es decir, el principio de separabilidad tan solo *posibilita* que aplique otra ley, pero de ninguna manera lo impone.

Otros tribunales, en cambio, alegan que el convenio arbitral debe estar regido por la ley del sitio porque es la opción más respetuosa con las intenciones de las partes. En estos casos, se ha interpretado que las partes, al seleccionar la sede del arbitraje, implícitamente estaban acordando la aplicación de la ley de la sede a la cláusula arbitral<sup>63</sup>.

Un argumento secundario que se ha utilizado para apoyar la norma de conflicto, a favor de la ley del sitio, es la neutralidad. Particularmente cuando las partes designan como sede del arbitraje un tercer Estado, se puede asumir que existe un deseo de neutralidad<sup>64</sup>.

Con todo, el recorrido de este argumento también es controvertido. El Tribunal Supremo de Singapur otorgó un papel principal a la noción de neutralidad para demostrar la aplicación de la ley de la sede en *FirstLink*<sup>65</sup>. Sin embargo, este razonamiento ha sido después rechazado en casos como *BCY v BCZ*<sup>66</sup>, donde el juez decidió apartarse del análisis realizado en *FirstLink*.

---

61 BORN, G., *International Commercial...*, *op. cit.*, pp. 594–597.

62 BORN, G., *International Commercial...*, *op. cit.*, p. 476: "[t]he separability doctrine does not mean that the law applicable to the arbitration clause is necessarily different from that applicable to the underlying contract." También en el Laudo Parcial en el caso ICC nº 4131, *IX Y.B. Comm. Arb.* 131, 132 (1984).

63 *Hamlyn & Co. v Talisker Distillery* [1894], House of Lords, p. 208. Resulta de interés también la Sentencia del Tribunal del Distrito de Rotterdam de 28 de septiembre de 1995 (*Petrasol BV v Stolt Spur Inc.*), en *Yearbook XXII*, 1997, pp. 762–765: "in the arbitral clause, New York is chosen as the place of arbitration, which implies the choice for the law of New York as the law applicable to the arbitration, including the question whether a valid arbitration agreement has been concluded."

64 BORN, G., *International Commercial...*, *op. cit.*, p. 518.

65 [2014] SGHCR 12, párr. [13].

66 [2017] 3 SLR 357, párr. [63].

Tampoco debe olvidarse la dificultad de aplicar este análisis a favor de la ley de la sede bajo determinadas circunstancias. Por ejemplo, cuando las partes delegan la elección de la sede en el tribunal arbitral o en una institución, o cuando la sede cambia incluso después de que el tribunal haya determinado qué ley aplica a la cláusula arbitral.

En todo caso, es innegable que esta norma de conflicto encuentra mayor apoyo en la normativa nacional e internacional. Varios países han optado por introducir esta norma de conflicto en su ley de arbitraje, como Suecia: "Cuando las partes no hayan llegado a tal acuerdo [de elección de ley], el convenio arbitral se regirá por la ley del país en el que, en virtud del acuerdo, haya tenido o vaya a tener lugar el procedimiento"<sup>67</sup> [Traducción propia]. Además, instituciones como la *London Court of International Arbitration* la incluyen en sus reglas<sup>68</sup>. Y, como hemos visto, la Convención de Nueva York favorece la ley de la sede como ley aplicable en defecto de acuerdo (expreso o tácito), lo cual fue, de hecho, un argumento de peso en *FirstLink*.

### **3. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del Estado con un vínculo más estrecho y significativo a la cláusula arbitral**

Puesto que el empleo de las normas de conflicto a favor de la ley del contrato y la ley del sitio ha resultado insatisfactorio a nivel internacional, decisiones más recientes han invocado una norma que conjuga las dos anteriores. Se trata de aplicar la ley del Estado con una relación más estrecha y significativa con la cláusula arbitral.

Un típico ejemplo de esta norma de conflicto se encuentra en *C v D*<sup>69</sup>: si las partes no han elegido expresamente una ley aplicable a la cláusula arbitral, debe ser aplicada aquella ley con que la cláusula guarda una conexión más cercana y real<sup>70</sup>. Del mismo modo, este principio de los vínculos más estrechos se aplica en el importante caso *Sulamérica*, y en otros como *Abuja International Hotels Ltd v Meridien SAS*<sup>71</sup> o *Shashoua & Ors v Sharma*<sup>72</sup>. También ha ganado relevancia en Estados Unidos<sup>73</sup>.

---

67 Ley de Arbitraje de Suecia (SFS 1999:116), artículo 48: "*Where the parties have not reached such an agreement [de elección de ley], the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place*".

68 Reglas de arbitraje de la London Court of International Arbitration, artículo 16.4.

69 [2007] EWCA Civ 1282, (English Ct. App.)

70 *Ibid*, párr. [22]: "*if there is no express law of the arbitration agreement, the law with which that agreement has its closest and most real connection shall be applied*".

71 [2012] 1 Lloyd's Rep 461, párr. [21]-[22].

72 [2009] 2 Lloyd's Rep 376, párr. [31].

73 Destacan decisiones como las contenidas en los siguientes casos: *Harrington v Atl. Sounding Co*, decidido por el Tribunal del Distrito Este de Nueva York, WL 2693529, 2007, p. 3; o *Jureczki v Banc One Texas*, decidido por el Tribunal del Distrito Sur de Texas, 252 F. Supp. 2d (2003), pp. 368, 371.

La gran ventaja de este análisis es que permitiría una aproximación más flexible y completa a la determinación de la ley aplicable<sup>74</sup>, teniendo en cuenta mayores matices. Además, esta norma se encuentra en consonancia con criterios de conflicto más actuales, como los incluidos en el Convenio de Roma de 1980<sup>75</sup> y el Reglamento Roma I<sup>76</sup>.

Sin embargo, esta norma de conflicto de leyes también ha sido objeto de críticas. En su aplicación, tribunales y juzgados realizan un *balancing test*, donde comparan diferentes factores o motivos para aplicar una ley u otra. El principal problema es evidente: ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo en qué factores son decisivos a la hora de dar preferencia a la ley del contrato o la ley del sitio; no se sabe qué factores tienen una vinculación más significativa con un Estado ni por qué<sup>77</sup>.

Este problema se refleja también en la desafortunada argumentación empleada por algunos tribunales. Buen ejemplo de ello es el caso *Abuja International Hotels Ltd v Meridien SAS*<sup>78</sup>, donde la sede del arbitraje era Londres. En este caso, sin mayor razonamiento, el tribunal asume que la cláusula arbitral estará más vinculada con la ley inglesa que con la ley del contrato, por el mero hecho de que las partes han determinado como sede del arbitraje Londres y olvidándose de la relación que la cláusula pueda tener con el contrato al que está ligada<sup>79</sup>. Es difícil encontrar un *balancing test* en tan somera argumentación, y definitivamente resulta poco convincente.

De hecho, el problema de este *balancing test* ya se puso de manifiesto en la aplicación del Convenio de Roma de 1980, donde el principio de los vínculos más estrechos podía dar lugar a gran incertidumbre e imprevisibilidad<sup>80</sup>. El Reglamento Roma I se aleja por ello de este principio e impone puntos de conexión más axiomáticos, dejando el análisis de los vínculos más estrechos para los casos más complejos<sup>81</sup>. Esta evolución en la normativa europea internacional pone de

---

74 BORN, G., "The law governing international arbitration agreements...", *op. cit.*, párr. [41].

75 Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) (el "**Convenio de Roma de 1980**").

76 Aunque con muy diferente importancia, el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I establecen el principio de los vínculos más estrechos para determinar –dependiendo de las circunstancias– la ley aplicable al contrato. *Vid.* Artículo 4(1) y (5) del Convenio de Roma y Artículo 4(3) y (4) del Reglamento Roma I. Para un análisis más detallado: LORENTE MARTÍNEZ, I., "Convenio de Roma 1980 y Reglamento Roma I. Ley aplicable a las obligaciones contractuales. El contrato de transporte de mercancías y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1, 2015, pp. 269-276.

77 GAILLARD, E., y SAVAGE, J., *op. cit.*, párr. [426].

78 [2012] 1 Lloyd's Rep 461.

79 *Ibid*, párr. [21]: "the arbitration agreement provides for arbitration in London and is implicitly governed by English law. It has its closest and most real connection with England because the seat of arbitration is here".

80 LORENTE MARTÍNEZ, I., *op. cit.*, párr. [5]-[7].

81 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex (págs. 102-104).

manifiesto las dificultades que el análisis de la vinculación de la cláusula arbitral con un Estado u otro conlleva.

Es necesario, por último, destacar que esta norma de conflicto ha sido aplicada en muchas ocasiones siguiendo el esquema establecido en el caso Sulamérica. En dicha sentencia de la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, Lord Justice Moore-Bick expuso un procedimiento basado en tres etapas. Es el famoso "*three-stage enquiry*":

*"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."*<sup>82</sup> [La ley aplicable a la cláusula arbitral se determinará a través de un análisis en tres etapas: (i) elección expresa, (ii) elección implícita y (iii) conexión más cercana y real].

Esto ha llevado a los tribunales a aplicar la norma de conflicto en favor de la ley del Estado más vinculada a la cláusula arbitral cuando (i) no se encuentra elección expresa y (ii) no se encuentra conexión implícita.

Si bien este mecanismo de tres etapas ha recibido buena acogida por la jurisprudencia internacional, no parece resolver por completo el problema. Los juzgados siempre tienen la posibilidad –y así lo hacen, de hecho– de argumentar que las partes, implícitamente, optaron en primer lugar por la ley del contrato o de la sede. Así se puede ver en las ya mencionadas sentencias en Enka o KFG.

Luego el problema permanece: ¿cuáles son las señales que indican que las partes han optado implícitamente por una ley u otra? Y, más importante, ¿se debe partir de la presunción de la aplicación de la ley del contrato, o de la presunción a favor de la ley de la sede?

A pesar de los esfuerzos por la jurisprudencia y doctrina internacionales, parece que la cuestión no termina de aclararse. Se trata de un panorama realmente contrapuesto al que se encuentra en España, donde el régimen establecido por el artículo 9.6 LA aporta una mayor seguridad y previsibilidad a las partes contratantes.

#### **IV. Norma de conflicto en España: el artículo 9.6 LA**

Como decimos, si bien el procedimiento para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral en el contexto internacional continúa lejos de estar resuelto, en España sí se ha alcanzado una solución –en principio– satisfactoria.

---

82 Sulamérica CIA Nacional..., *op. cit.*, párr. [25].

Como avanzábamos, el artículo 9.6 LA pretende dar una solución eficaz frente a la mirada de decisiones contradictorias que encontramos en el panorama internacional. Es importante destacar que este artículo aplica, no solo a aquellos arbitrajes con sede en España, sino también a arbitrajes extranjeros, ex artículo 1.2 LA<sup>83</sup>.

## 1. Aplicación y sentido del artículo 9.6 LA

El artículo 9.6 LA expone:

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

De esta forma, la incluye una norma de conflicto con tres puntos de conexión de aplicación alternativa<sup>84</sup>, cuyo objetivo es sostener la validez del convenio arbitral bajo cualquiera de las leyes que puedan ser de aplicación. El artículo 9.6 LA encuentra su origen en el artículo 178.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, que inspiró al legislador español<sup>85</sup>.

De acuerdo con este artículo, la cláusula arbitral no se rige por la ley del contrato, por el mero hecho de serlo; ni por la ley del sitio, por el mero hecho de serlo. Al contrario, la cláusula arbitral se verá sujeta a aquella ley que la haga válida.

Según la doctrina española, esta disposición refleja claramente el objetivo del legislador de dar validez a las intenciones de las partes, a través de la efectividad de la cláusula arbitral<sup>86</sup>. De hecho, dada la flexibilidad con que la ley española regula

---

83 *Vid.* artículo 1.2 LA: “Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España.” [El subrayado es nuestro].

84 GÓMEZ JENE, M., *op. cit.*, párr. [30]. *Vid.* también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 5/2012, de 13 de marzo [JUR 2012, 149509].

85 FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. (2005), “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 258, págs. 1493 y 1494: “Este artículo [el 9.6] no tiene equivalente en la Ley Modelo, que no establece expresamente cuál debe ser el ordenamiento jurídico por el que se rija el convenio español. Su origen es el artículo 178 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, cuya dicción es prácticamente igual a la del artículo 9.6 de la Ley española”.

*Vid.* artículo 178.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado: “En cuanto al fondo, el acuerdo arbitral es válido si cumple lo establecido por la ley elegida por las partes, o por la ley aplicable al fondo de la disputa -en particular, la ley aplicable al contrato principal, o por la ley suiza.” [Traducción propia].

También Argelia ha adoptado este principio. *Vid.* artículo 1040.3 del Código de Procedimiento Civil y Administrativo de 2009: “En cuanto al fondo, [el convenio] es válido si cumple con las condiciones establecidas, ya sea la ley elegida por las partes, o la ley que rige el tema de la disputa, o la ley que el árbitro considere apropiada.” [Traducción propia].

86 MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *op. cit.*, pág. 302. Es lo que el profesor BERNARDO M. CREMADES denomina principio *in favorem validatis*.

los requisitos para la validez del convenio arbitral, es realmente improbable que, bajo el artículo 9.6 LA, el convenio arbitral quede sujeto a una ley que lo invalide<sup>87</sup>.

Resulta muy interesante, en este sentido, que la Exposición de Motivos de la plan-tee el artículo 9.6 como expresión directa del principio de conservación:

“En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9<sup>88</sup>.

En efecto, el objetivo que persigue el artículo 9.6 LA concuerda perfectamente con el principio de conservación, clásicamente denominado *favor negotii*.

Este principio de conservación se encuentra reconocido en los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En España, en concreto, en el artículo 1284 del Código Civil: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”<sup>89</sup>.

El artículo 9.6 LA, por tanto, responde a lo que podemos considerar “la función preservativa del logro de la intención común de las partes”<sup>90</sup>. En otras palabras, la idea es que si una cláusula se incluye en un contrato es para que surta efecto. El mismo razonamiento ha sido llevado a la cláusula arbitral: si las partes han incluido un convenio arbitral en su relación contractual, es para que éste surta efecto, con independencia de la ley que pueda eventualmente ser de aplicación.

De esta forma, el artículo 9.6 LA armoniza (i) el respeto por las intenciones de las partes al introducir una cláusula arbitral en su contrato (con el evidente objetivo de que ésta sea válida y efectiva) y (ii) el principio de separabilidad (admitiendo la posibilidad de que la cláusula se rija por una ley distinta a la ley del contrato).

Por tanto, bajo jurisdicción española, cuando surjan discrepancias en torno a qué ley aplica a una cláusula arbitral, es tan sencillo como comprobar si la cláusula cumple con los requisitos establecidos en alguna de las tres leyes alternativas contenidas en el artículo 9.6 LA. De esta manera, en la gran mayoría de los casos se asegurará la validez y efectividad de la cláusula arbitral. Ello salvo que la cláusula incumpla requisitos esenciales bajo las tres leyes que pueden ser de aplicación –lo que sería un defecto muy grosero en la cláusula y por tanto sí sería sancionado con la invalidez de esta–.

---

87 *Ibid*, pág. 303.

88 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Exposición de Motivos nº III.

89 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

90 MESTRE RODRÍGUEZ, M.L. (2003). La interpretación testamentaria: notas a la regulación del código civil, Universidad de Murcia, p. 106.

En definitiva, como vemos, esta cuestión se encuentra relativamente resuelta en España. Lo cual no quita, por supuesto, que puedan surgir discrepancias en algunos supuestos complejos.

Hay casos en los que no se discute la validez de la cláusula arbitral, sino cuestiones más limítrofes, donde el principio *favor negotii* se ve más atenuado. Por ejemplo, en casos como KFG, donde lo que se discute no es la validez de la cláusula arbitral, sino la sujeción de una parte no firmante a la cláusula arbitral. En estos supuestos, el objetivo de dar efectividad a la cláusula choca frontalmente con otra regla esencial del arbitraje, como es el consentimiento. En estas situaciones, la aplicación del artículo 9.6 LA puede no ser tan sencilla.

Sea como fuere, el artículo 9.6 LA parece ofrecer una solución satisfactoria a esta problemática. Y es que, curiosamente, la jurisprudencia internacional se está aproximando a la solución propuesta por el legislador español.

## 2. Inclinación de la jurisprudencia internacional hacia la solución española

En efecto, la jurisprudencia internacional parece acercarse a una solución similar a la propuesta por las leyes de arbitraje suiza o española.

El artículo 9.6 LA recoge lo que un sector doctrinal ha denominado en el ámbito internacional como *pro-validation principle*. Según esta regla, la ley que aplica a la cláusula arbitral es aquella que hace válida la cláusula<sup>91</sup>. Es decir, si las partes no han establecido expresamente qué ley aplica a la cláusula arbitral y diversas leyes podrían potencialmente aplicar, la ley aplicable a la cláusula arbitral es aquella que valida la cláusula. Se trata de una noción muy similar a la contenida en la española.

La doctrina internacional destaca algunas resoluciones, como la sentencia en Sulamérica<sup>92</sup>, el Laudo en el caso CCI núm. 11869<sup>93</sup>, o la Sentencia del Tribunal Supremo Austriaco de 26 de agosto de 2008<sup>94</sup>, donde se habría aplicado de forma implícita un principio de *pro-validation*. En estos casos, los tribunales emplearon diversas lógicas para alcanzar un objetivo común: que el convenio arbitral quedara sujeto a la ley que lo hiciera válido o efectivo. Es un razonamiento que cuadra totalmente con el objetivo del artículo 9.6 LA.

---

91 BORN, G., "The law governing international arbitration agreements...", *op. cit.*, párr. [51].

92 Resulta de especial interés el análisis que realiza SABRINA PEARSON sobre la regla de *pro-validation* que esconde la sentencia del caso Sulamérica. *Vid.* PEARSON, S., "Sulamerica v Enesa: The Hidden Pro-Validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", en *Arbitration International*, vol. 29, nº 1, 2013.

93 Laudo en el caso CCI núm. 11869, de 2011, en 36 *Yearbook Comm Arbitration* 47, p. 57.

94 Sentencia del Tribunal Supremo Austriaco, 26 de agosto de 2008, en *Y.B. Comm. Arb.*, pp. 404 y 405. Podemos destacar, en concreto: "If the wording of the declaration of intent allows for two equally plausible interpretations, the interpretation which favors the validity of the arbitration agreement and its applicability to a certain dispute is to be preferred".

En otros casos, como en Enka, los juzgados han sido mucho más directos en la aplicación de este principio<sup>95</sup>. En este concreto caso, el Tribunal Supremo inglés consideró que era un motivo de gran relevancia el hecho de que la cláusula arbitral fuera efectiva bajo ley inglesa, y terminó aplicando esta ley.

Es decir, parece que los tribunales a nivel internacional tienden a aplicar aquella ley que hace válido el convenio arbitral y que permite a las partes, por tanto, resolver la disputas conforme al procedimiento que han acordado. Se trata, en definitiva, de la misma lógica que inspira el artículo 9.6 LA.

## V. Conclusión

A día de hoy, el panorama internacional sigue siendo incierto en cuanto al procedimiento para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral en ausencia de elección expresa por las partes. No existe una regla clara ni una tendencia uniforme, y las resoluciones internacionales son, en muchas ocasiones, contradictorias.

En España, contamos con la norma de conflicto contenida en el artículo 9.6 LA, cuyo objetivo es sostener la validez del convenio arbitral bajo cualquiera de las leyes que puedan ser de aplicación. Esta norma recoge la tradición jurídica del principio *favor negotii* y es plenamente compatible tanto con las intenciones de las partes contratantes, como con la separabilidad de la cláusula arbitral. Se trata de una solución satisfactoria, ante un panorama internacional mucho más confuso.

De hecho, parece que la jurisprudencia internacional tiende a aplicar un principio *pro-validation* muy similar al artículo 9.6 LA. Casos como Sulamérica o Enka son buenos ejemplos de ello. Quizá en los años venideros veamos una expansión de esta norma en la jurisprudencia internacional, o incluso una cristalización de este principio en las leyes de arbitraje, siguiendo el ejemplo de España.

No debe olvidarse, por último, que gran parte de esta problemática se resolvería si las partes firmantes de un contrato indicaran expresamente qué ley será de aplicación a la cláusula o convenio arbitral. Por tanto, a pesar de su clásica consideración como *midnight clause*, siempre se debe prestar la máxima atención en la redacción de la cláusula arbitral.

---

95 Enka es uno de los primeros casos a nivel mundial que enuncian y aplican de manera expresa el *pro-validation principle*. Para más información, vid. MARAVELA, M. (2020). Enka v Chubb Revisited: The Choice of Governing Law of the Contract and the Law of the Arbitration Agreement. Kluwer Arbitration Blog.