



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA LEY APLICABLE AL ARBITRAJE  
INTERNACIONAL: CONVENIO ARBITRAL,  
CONTROVERSIA Y PROCEDIMIENTO**

Autor: María Fernández López

5º E3 B

Derecho Internacional Privado

Tutor: Javier González Guimaraes Da Silva

Madrid

Junio | 2020

## RESUMEN

El arbitraje internacional es una institución que ha experimentado una importante evolución en los últimos años. El colapso de los órganos judiciales y las ventajas del arbitraje – como la especialización, confidencialidad, rapidez, etc – frente al proceso judicial ha supuesto un incremento de casos sometidos a esta institución. Esto ha dado lugar a un mayor desarrollo legislativo del arbitraje internacional, así como la creación de nuevas sedes arbitrales internacionales. Sin embargo, la determinación del Derecho aplicable en las distintas etapas del arbitramento: convenio arbitral, controversia y procedimiento; sigue siendo causa de conflicto en los procesos arbitrales.

La Ley 60/2003, inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, regula el arbitraje de forma unitaria y pretende solucionar dichos problemas apostando por criterios flexibles para determinar la validez del convenio arbitral, abogando por la prudencia del árbitro o árbitros, limitando la aplicación del Derecho elegido por las partes al orden público y minimizando la intervención judicial al procedimiento arbitral. Además, el ordenamiento español cuenta con dos instrumentos internacionales de arbitraje de referencia: el Convenio de Nueva York de 1958 y la Convención de Ginebra de 1961. Ambos han sido y siguen siendo dos instrumentos arbitrales de referencia para la jurisprudencia española en cuestiones de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.

**PALABRAS CLAVES:** Derecho aplicable, convenio arbitral, controversia, procedimiento, Ley 60/2003, Convenio de Nueva York y Convención de Ginebra.

## ABSTRACT

International arbitration is an institution that has undergone a significant evolution in recent years. The collapse of the judicial bodies and the advantages of arbitration - such as specialization, confidentiality, speed, etc. - compared to the judicial process has led to an increase in cases submitted to this institution. The prior has left to further legislative development of international arbitration, as well as the creation of new international arbitration venues. However, the determination of the applicable Law in the different stages of the arbitration: arbitration agreement, controversy and procedure; continues to cause conflict in arbitration proceedings.

Law 60/2003, inspired by the UNCITRAL Model Law, regulates arbitration in a unitary manner and aims to solve such problems by betting on flexible criteria to determine the validity of the arbitration agreement, advocating the prudence of the arbitrator or arbitrators, limiting the application of law elected by the parties to public order and minimizing judicial intervention in the arbitration procedure. In addition, the Spanish legal system has two international reference arbitration instruments: the New York Convention of 1958 and the Geneva Convention of 1961. Both have been and continue to be reference arbitration instruments for Spanish jurisprudence in matters of recognition of awards foreign arbitration.

**KEY WORDS:** Applicable law, arbitration agreement, controversy, procedure, Law 60/2003, New York Convention and Geneva Convention.

# ÍNDICE

RESUMEN .....	2
ABSTRACT .....	2
LISTADO DE ABREVIATURAS .....	5
INTRODUCCIÓN .....	7
1. OBJETIVOS .....	7
2. METODOLOGÍA .....	7
3. DESARROLLO .....	8
CAPÍTULO I. ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	9
1. CONCEPTO .....	9
2. DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN COMO MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....	12
3. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO PRINCIPIO ESENCIAL DEL ARBITRAJE .....	16
4. LA INTERNACIONALIDAD .....	17
5. PROBLEMAS DEL ARBITRAJE.....	19
CAPÍTULO II. LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL.....	23
1. CONCEPTO .....	23
2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONVENIO DE ARBITRAJE.....	25
<b>2.1 El principio de autonomía en el convenio arbitral</b> .....	26
3. LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL .....	27
4. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL.....	31
CAPÍTULO III. LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA.....	36
1. <i>LEX CAUSAE</i> O LEY APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO.....	36
<b>1.1 Funciones de la <i>lex causae</i></b> .....	39
2. DERECHO APLICABLE ELEGIDO POR LAS PARTES .....	40
<b>2.1 Elección expresa y Elección tácita</b> .....	40
<b>2.2 Problemas de la remisión genérica al Derecho estatal</b> .....	43
<b>2.3 Elección genérica de la <i>lex mercatoria</i></b> .....	47
3. DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN POR LAS PARTES .....	48
4. LÍMITE DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE .....	51
CAPÍTULO IV. LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO .....	53
1. DETERMINACIÓN DE LA LEX FORI APLICABLE .....	53
2. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES PARA LA ELECCIÓN DE LA LEX FORI .....	55
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.....	58
BIBLIOGRAFÍA .....	62

## LISTADO DE ABREVIATURAS

ADR: Alternative dispute resolution.

AEA: Asociación Europea de Arbitraje.

AP: Audiencia Provincial

CAM: Corte de Arbitraje de Madrid.

CCI: Cámara de Comercio Internacional o Corte de Comercio Internacional de París.

CEA: Corte Española de Arbitraje.

CIADI: Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

CIAM: Corte Internacional de Arbitraje de Madrid.

CIMA: Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.

CIAR: Centro Iberoamericano de Arbitraje.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

FJ: Fundamento Jurídico.

HKIAC: Centro de Arbitraje Internacional de Hong-Kong.

IBA: International Bar Association.

ICAM: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

LCIA: Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

MASC: Métodos alternativos de solución de conflictos.

RAE: Real Academia Española.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

VP: Voto Particular.

*apud*: indica que un texto al que se hace referencia no ha sido consultado de forma directa sino que se conoce a través de otra obra que es la que se cita.

*cfr.*: indica que la idea del texto se ha extraído de la obra que se cita a continuación, pero que no se ha redactado literalmente.

*ibid.*: indica que el trabajo que se cita es el mismo que el citado en la nota inmediatamente anterior, coincidiendo autor, obra y edición.

*Id.*: indica que el trabajo que se cita es el mismo que el citado en la nota inmediatamente anterior, coincidiendo autor, obra, edición y páginas.

*loc. cit.*: hace referencia a otra obra citada con anterioridad (coincidiendo autor, obra, edición y mismas páginas), pero no de forma inmediata, puesto que hay otras referencias intercaladas.

*op.cit.*: hace referencia a otra obra citada con anterioridad (coincidiendo autor, obra y edición), pero no de forma inmediata, puesto que hay otras referencias intercaladas.

*s.f.*: sin fecha.

*supra*: expresa “arriba” o “antes”.

*vid.*: indica donde se puede ampliar la información.

# INTRODUCCIÓN

## 1. OBJETIVOS

La realización de un estudio sobre la ley aplicable en las distintas fases del arbitraje internacional, resulta relevante dada la tendencia contemporánea de los operadores económicos internacionales de acudir a esta institución jurídica como método de resolución de controversias. El aumento de las transacciones internacionales, y con ello de la conflictividad, ha supuesto un aumento de la saturación típica del sistema judicial de los Estados, que se traduce en un incremento de los conflictos que se someten a arbitraje.

Sin embargo, la práctica arbitral se encuentra en vuelta en una serie de problemas de aplicación del Derecho en sus distintas etapas: convenio arbitral, controversia y procedimiento; que dificultan la tarea del árbitro o los árbitros, en su caso.

Este Trabajo de Fin de Grado (TFG) se centra en el estudio de dichos problemas, y presenta los siguientes objetivos:

- Comprender el concepto de arbitraje internacional.
- Identificar los problemas de aplicación del Derecho en cada una de las fases del arbitraje internacional.
- Investigar sobre las opiniones doctrinales y jurisprudenciales de los problemas identificados.
- Extraer conclusiones acerca del estado actual de la problemática de la aplicación del Derecho en el arbitraje y la evolución experimentada.

## 2. METODOLOGÍA

Este trabajo consiste en una investigación cualitativa, que se estructura en cinco partes. Para su elaboración, se realiza, en primer lugar, una revisión de la normativa, doctrina y jurisprudencia con el objetivo de definir el arbitraje internacional.

A continuación, mediante una comparación de la doctrina, jurisprudencia y el Derecho Internacional Privado, se aborda la problemática que se trata en las tres etapas del arbitraje internacional. Y, por último, se expondrán las conclusiones alcanzadas en este estudio.

### 3. DESARROLLO

Para conocer la situación actual de la problemática que se estudia, este trabajo se estructura en cinco capítulos: en el capítulo 1 se explica el concepto del arbitraje internacional. En el capítulo 2 se analizan los problemas del Derecho aplicable en el convenio arbitral. Por su parte, en el capítulo 3 se estudian los retos del árbitro para determinar la *lex causae*, el capítulo 4 los que se presentan en el procedimiento arbitral, y se concluye con el capítulo 5, en el que se exponen los resultados de la investigación.

# CAPÍTULO I. ARBITRAJE INTERNACIONAL

## 1. CONCEPTO

El arbitraje internacional es un método de resolución de conflictos internacionales, que surge de la voluntad de las partes de una disputa, derivada de una relación contractual o extracontractual, para resolver sus controversias por medio de un tercero, el árbitro, o “*un tribunal constituido especialmente para tal fin*”<sup>1</sup>. Esta institución jurídica también permite que las partes especifiquen, a su libre elección, el Derecho aplicable al fondo del litigio y al procedimiento arbitral, debiendo el árbitro respetar en todo momento dicha elección. El arbitraje finaliza con el laudo arbitral, cuyo cumplimiento es obligatorio, vinculante y despliega cosa juzgada para ambas partes.

El arbitraje internacional pertenece al grupo de los denominados sistemas o métodos alternativos de solución de conflictos (MASC o ADR), tales como la mediación o la conciliación, entre otros muchos. Estos, salvo el de conciliación, son métodos, que según el autor Caivano<sup>2</sup>, están experimentando una mayor presencia internacional en los últimos años. La razón principal de este crecimiento, de acuerdo con el autor, es el aumento de conflictividad generado por el incremento del volumen de la población, su mayor concentración en las grandes ciudades, el desarrollo tecnológico y el aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios.

El auge del arbitraje internacional ha desplegado efectos relevantes especialmente en el comercio internacional, donde el volumen de disputas sometidas a esta institución no ha dejado de crecer en los últimos 20 años<sup>3</sup>.

En primer lugar, este sistema ha experimentado un mayor desarrollo legislativo, llevado a cabo por instituciones administradoras de arbitraje y organizaciones internacionales. Ejemplo de ello, es el Reglamento de Arbitraje de 2012 elaborado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con el que se pretende “*facilitar y poner a disposición de los usuarios las técnicas del arbitraje en una versión más moderna*” o la

---

<sup>1</sup> Sepúlveda, C., “La solución pacífica de las controversias internacionales”, en C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, Porrúa, México, 2004, p. 395.

<sup>2</sup> Godoy, J. M., “El Arbitraje Internacional en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I): Panorama actual y principales tópicos”, *Universidad de la República*, Brasilia, vol. 12, n. 2, 2014, p. 52.

<sup>3</sup> *Id.*

Ley Modelo UNCITRAL<sup>4</sup>. Estos y otros instrumentos jurídicos han servido, en cierta medida, para unificar los cauces procesales que aseguren el buen funcionamiento de los mecanismos arbitrales y doten de seguridad jurídica a los operadores económicos en sus intercambios transfronterizos.

Actualmente, las principales fuentes sobre arbitraje internacional son<sup>5</sup>:

- De ámbito internacional: la *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras* – o *Convenio de Nueva York* - de 1958, que establece el “*marco internacional de armonización normativa del arbitraje*”, ya que cuenta con más de 117 ratificaciones de Estados, y muchos de ellos aplican el Convenio con carácter *erga omnes*, como es el caso de España para el que entró en vigor el 10 de agosto de 1977.
- De ámbito europeo: la *Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional* - o *Convención de Ginebra* - de 1961, que configura el marco normativo de arbitraje en la Unión Europea. En el caso España, esta Convención entró en vigor el 10 de agosto de 1975.
- De ámbito nacional en el caso de España: la Ley 60/2003, de Arbitraje, por la que España se inspira en la Ley Modelo UNCITRAL.

El segundo efecto, es “*la considerable ampliación del círculo de los Estados donde el arbitraje puede llevarse a cabo. Dicha ampliación ha permitido salir al arbitraje internacional de un círculo bastante cerrado, predominantemente europeo, para desarrollarse en un escenario verdaderamente global*”<sup>6</sup>. Lo anterior refuerza el carácter transfronterizo del arbitraje internacional, acercándose así al ideal de que toda controversia internacional pueda someterse a arbitraje en cualquier Estado, claro está a voluntad de las partes. Esta unificación, está produciendo importantes resultados, muy especialmente en los países de América Latina.

A pesar de la reciente popularización del arbitraje internacional como método alternativo al judicial, esta institución cuenta con una larga trayectoria histórica. Cabe

---

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> Consejo General de la Abogacía Española, *El arbitraje comercial en España*, Abogacía Española y Oficina Económica y Comercial de España en Miami, Madrid y Miami, 2019, p. 6.

<sup>6</sup> Rozas, J. C., “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* XV, Córdoba, Argentina, 2007, pág. 2

apuntar como uno de sus principales antecedentes modernos al *Tratado Jay* de 1794 firmado por Estados Unidos e Inglaterra, relativo a su disputa sobre Alabama. Este acuerdo tuvo dos consecuencias importantes: la creación de las tres reglas de Washington<sup>7</sup>, que constituyeron el Derecho aplicable del tribunal arbitral y que posteriormente se convirtieron en normas de Derecho internacional, y aumentaron la confianza de los Estados en este método de resolución de disputas<sup>8</sup>.

Fue en la *Conferencia de la Haya* de 1889, cuando el arbitraje internacional comenzó a considerarse como una institución útil y accesible. Pues en la Convención<sup>9</sup> resultante se reconoció al arbitraje como fuente eficaz de resolución de conflictos interpretativos o de aplicación de convenciones internacionales. Además, se creó la Corte Permanente de Arbitraje como sede para resolver los conflictos internacionales mediante este mecanismo. Pero no fue hasta la segunda *Conferencia de la Haya*, en 1907, cuando la Corte Permanente de Arbitraje empezó a tener una gran actividad, resolviendo conflictos principalmente sobre fronteras, Derecho de pesca, y Derecho de daños. Con la creación de la CCI en 1919, la Corte obtuvo una mayor relevancia, ya que remite a este cuerpo de arbitraje la resolución de conflictos sobre actividades comerciales entre particulares<sup>10</sup>.

También se crearon instituciones de arbitraje para resolver conflictos en campos específicos, como es el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que arbitra las disputas entre particulares extranjeros, - inversores y empresas, por un lado, - y los Estados receptores de inversión, por otro. Se constituyó en 1966 como resultado del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*.

---

<sup>7</sup> Sepúlveda, C., *op.cit.*, pág. 396. “Responsabilidad por permitir expediciones armadas, terrestres o marítimas desde el territorio nacional contra otra nación, responsabilidad por permitir el empleo de los puertos propios para albergar y armar beligerantes y responsabilidad por negligencia para impedir tales actos”.

<sup>8</sup> Sepúlveda, C., *Id.*

<sup>9</sup> Artículo 16 de la Convención de la Haya de 1899 (posterior artículo 38 de la Convención de 1907). “En cuestiones de naturaleza jurídica y especialmente en cuestiones de interpretación o aplicación de convenciones internacionales, las Potencias Contratantes reconocen el arbitraje como el método más eficaz y al mismo tiempo el más justo para resolver controversias que no se hayan resuelto por la vía diplomática. Consecuentemente, sería deseable que, en las controversias sobre las cuestiones anteriormente mencionadas, los Poderes Contratantes recurran, llegado el caso, al arbitraje, en la medida que las circunstancias lo permitan.”

<sup>10</sup> Cfr. Sepúlveda, C., *loc.cit.*

La evolución del arbitraje internacional ha dado lugar a que distintos países desarrollen sus propias Cortes de arbitraje internacional. Actualmente, existen un gran número Cortes relevantes, especialmente en el campo del comercio internacional, como la Corte de Comercio Internacional de París (CCI), el Centro de Arbitraje Internacional de Hong-Kong (HKIAC) y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), entre otras muchas. En el caso de España, a nivel internacional encontramos la Asociación Europea de Arbitraje (AEA) y Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR), entre otras<sup>11</sup>.

Una de las instituciones arbitrales más recientes es la Corte Internacional de Madrid (CIAM), que fue creada a finales del año pasado (2019) con el objetivo de convertirse en la institución arbitral española de referencia en el arbitraje internacional. La CIAM surge de la fusión de las actividades arbitrales de ámbito internacional de las tres instituciones arbitrales más importantes de España: la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), y la Corte Española de Arbitraje (CEA). Sin descartar que su actual socio estratégico, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM), se incorpore en un futuro a esta nuevo Centro de Arbitraje.

## 2. DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN COMO MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A la hora de diferenciar entre uno y otro mecanismo de resolución de conflictos, existen discrepancias en la doctrina, entre aquellos que defienden que las diferencias son de carácter esencial, y los que argumentan que el arbitraje y los tribunales de justicia de los Estados se distinguen simplemente en matices no esenciales. Este último es el caso del internacionalista César Sepúlveda, quién afirma que el arbitraje “*es un proceso judicial, pues constituye una declaración de una posición legal entre las partes. Ni siquiera cuando el Tribunal arbitral resuelve con base en reglas técnicas resulta diferente a un tribunal judicial*”<sup>12</sup>.

La Ley 60/2003 al regular específicamente la institución del arbitraje ya está declarando de por sí la distinción entre esta figura jurídica y la jurisdicción, pero, además desde nuestro punto de vista, el hecho de gozar con una legislación propia evidencia el

---

<sup>11</sup> Consejo General de la Abogacía Española, *El arbitraje comercial en España*, Abogacía Española y Oficina Económica y Comercial de España en Miami, Madrid y Miami, 2019, p. 6.

<sup>12</sup> Sepúlveda, C., *op.cit.*, p. 399.

reconocimiento por parte del legislador de las diferencias sustanciales entre una y otra institución. Pues en caso contrario, siguiendo la lógica del ahorro y practicidad legislativa, la misma Ley de Enjuiciamiento Civil incluiría el régimen arbitral aplicable y, por tanto, la legislación arbitral sería innecesaria.

Esta distinción se enfatiza con el régimen excluyente de intervención judicial en los procesos arbitrales que emana del efecto negativo del convenio arbitral, salvo en los casos que la misma ley disponga - art. 7 de la Ley 60/2003 -. Es en su artículo 8 donde el legislador reconoce “*las funciones de apoyo y control del arbitraje*” de los tribunales, pero su finalidad es meramente de colaboración con el árbitro o tribunal arbitral que verdaderamente enjuicia. Por lo que podríamos decir que el art. 7 recoge un régimen excluyente respecto de los tribunales judiciales a efectos de enjuiciamiento, pero no anula completamente la facultad de intervención judicial, pues convierte a los tribunales en colaboradores del árbitro u árbitros. De esta forma, la ley en ningún caso equipara ambas instituciones.

El TC también se ha manifestado acerca de las diferencias entre el arbitraje y la jurisdicción. Lejos de mantener la misma postura, la doctrina constitucional ha evolucionado de una concepción del arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*” hacia una doctrina mixta. Como explica su magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular de la STC 1/2008, la esencia del arbitraje reside en su carácter contractual, y por ende en el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, esto no quita que “*para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales*”<sup>13</sup>.

La aceptación de la teoría mixta, por la que el arbitraje es un instrumento más de resolución de controversias fundamentado en el principio de autonomía de la voluntad, se ha hecho evidente también en sentencias de distintos tribunales de justicia como la STSJ de Oviedo núm.1170/2018, de 3 de abril. En esta el tribunal indica que “*poco a poco, se pasa, en lo que se refiere al arbitraje, de una naturaleza sustitutiva o alternativa a la jurisdicción - el llamado ‘equivalente jurisdiccional’ - a una fórmula de solución de*

---

<sup>13</sup> STC núm.1/ 2008, de 11 de enero, VP 2.1

*controversias fundada en el principio de autonomía de la voluntad (artículo 10 de la Constitución española) [...] siendo la intervención judicial de carácter excepcional (según la más importante llamada 'Teoría mixta')*"<sup>14</sup>. Sin embargo, esta postura doctrinal no es unánime, pues en la STSJ de Madrid núm. 3278/2017, de 23 de marzo, el tribunal alegó la antigua doctrina constitucional sobre la naturaleza del arbitraje haciendo referencia a la STC 174/1995<sup>15</sup>, de 23 de noviembre.

De la comparativa de ambas sentencias – STSJ de Oviedo núm. 1170/2018, de 3 de abril, y STSJ de Madrid núm. 3278/2017, de 23 de marzo, - podemos deducir que la aceptación de la teoría mixta, por la que se pretende definir la institución del arbitraje, es cuestionable. Aunque, en nuestra opinión, no sería prudente afirmar que la doctrina constitucional no se está alejando de la definición del arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*” a la vista de la última doctrina sentada por el TC - STC 9/2005<sup>16</sup>, de 17 de febrero -. En esta última, el tribunal recuerda la definición de arbitraje de su sentencia número 176/1996, de 11 de noviembre, que explica la institución como “*medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)*”<sup>17</sup>.

Tras el análisis legislativo y jurisprudencial expuesto, este estudio adopta una posición más cercana a aquella parte de la doctrina que argumenta que la elección de un procedimiento arbitral frente a uno judicial se basa precisamente en la esencia de la institución arbitral, que no es otra que el principio de autonomía de voluntad. Este es el caso del profesor Garea, quien afirma “*que no es adecuado buscar una explicación a la utilización del arbitraje en las teóricas virtudes y bondades que éste presenta, ya que el único factor que justifica su elección o repudio como medio de resolución de controversias es el principio dispositivo en que se basa y la libre autonomía de voluntad de los contendientes*”<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> STSJ de Oviedo núm. 1170/2018, de 3 de abril, FJ 3.

<sup>15</sup> STSJ de Madrid núm. 3278/2017, de 23 de marzo, p. 4: “*STC 174/1995 [...] el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)*”.

<sup>16</sup> STC núm. 9/2005, de 17 de febrero, FJ 2.

<sup>17</sup> STC núm. 176/1996, de 17 de diciembre, FJ 4.

<sup>18</sup> Garea, R. C., *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Grupo Difusión, Madrid, 2008, p. 25.

Lo que resulta evidente es que, siendo sus diferencias matices o características esenciales, el arbitraje y la jurisdicción son procesos de resolución diferentes, y por tanto con caracteres distintos. Por un lado, la composición del tribunal arbitral es muy variada, pudiendo constituirse por uno o varios árbitros a elección de lo que estipulen las partes litigantes. En cambio, el número de magistrados que resuelven un litigio judicial viene determinado por la ley nacional correspondiente. En este punto, se observa la influencia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes por la que se rige el arbitraje, y que no tiene cabida en el proceso judicial.

Además, el tribunal arbitral se constituye para un caso en concreto, o sea, de forma *ad hoc* y temporal. Asimismo, el árbitro aplicará el Derecho convenido por las partes, o, en el supuesto de defecto de elección por las mismas, el que considere más apropiado conforme al art. 34 de la Ley 60/2003. Este mismo artículo, añade que en cualquier caso el árbitro deberá decidir sobre el fondo de la controversia “*con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables*”.

Como consecuencia de estas diferencias existen razones por las que se prefiere recurrir al arbitraje privado internacional que a la jurisdicción nacional competente. Según Godoy<sup>19</sup>, por un lado, la saturación de los tribunales estatales provoca que los litigantes tengan que asumir altos costos y demoras en el procedimiento, así como en ocasiones la falta de acierto de la sentencia. Por otro lado, no todas las jurisdicciones nacionales cuentan con la cualificación necesaria para resolver conflictos sobre negocios en determinados campos complejos, como las inversiones, la tecnología, contratos internacionales, incoterms, finanzas, etc. De esta forma, “*el arbitraje da una respuesta efectiva en términos de tiempo, costos y certidumbre en el derecho aplicable*”<sup>20</sup>.

Las ventajas comentadas están siendo apreciadas por los operadores del comercio internacional, pues, de acuerdo con los datos publicados por la Cámara de Comercio Internacional (2017), en el año 2016 la Corte alcanzó el mayor número de casos arbitrados

---

<sup>19</sup> Godoy, J. M., *op.cit.*, p. 54.

<sup>20</sup> *Id.*

desde su creación. En concreto esta institución administró 966 casos, y registró un crecimiento del 15% de los mismos en el continente de Iberoamérica<sup>21</sup>.

### 3. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO PRINCIPIO ESENCIAL DEL ARBITRAJE

El principio de la voluntad de las partes es esencial en el arbitraje, pues solo si estas acuerdan en someter sus disputas a un proceso arbitral – y entran en conflicto –, tendrá lugar el arbitramento de la cuestión. De modo que todo arbitraje comienza con la voluntad manifiesta de sumisión al mismo en el “*pacto o convenio de arbitraje, [que es el] verdadero centro de gravedad de toda la institución ya sea en su dimensión interna o en la internacional*”<sup>22</sup>.

El principio que se comenta también se refleja en el ámbito sustantivo del arbitraje, esto es, en el Derecho aplicable. Pues las partes pueden elegir el Derecho por el que el árbitro resuelva el conflicto, es el caso que se recoge con la rúbrica: “*elección de las partes*” o “*autonomía de la voluntad*”, en las disposiciones de instrumentos de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, los mismos suelen contemplar el supuesto de “*defecto de elección por las partes*”, ya que no es extraño que los litigantes acuerden el arbitraje sin establecer el Derecho al que deseen someter sus actuales o posibles controversias. Esto dificulta la tarea del árbitro, especialmente en el arbitraje de derecho, en el que no solo deberá aplicar el que considere más apropiado – lo que requiere de una importante labor de investigación –, sino que también deberá justificar la elección del mismo, lo cual ha dado lugar a anulaciones de laudos arbitrales porque una o las parte(s) los denunciaban alegando que eran contrarios a la regla de la autonomía. Es por ello, que “*la adopción de un derecho a aplicar no es un asunto fácil cuando el contrato nada menciona*”<sup>23</sup>.

En cuanto al ámbito procesal del arbitraje, este principio de la autonomía de la voluntad también opera ya que, en el pacto de arbitraje, se podrá acordar “*el procedimiento a seguir, la naturaleza y oportunidad de las pruebas, el lugar dónde*

---

<sup>21</sup> Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.), *The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) has announced record figures for new cases filed for administration under ICC rules in 2016*, CCI, París, 18 de enero de 2017 (disponible en <https://www.iccwbo.be/icc-reveals-record-number-of-new-arbitration-cases-filed-in-2016/>, última consulta 16 de junio de 2020).

<sup>22</sup> Campos, J. D., *Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español*, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, 1975, p. 7.

<sup>23</sup> Godoy, J. M., *op.cit.*, p. 55.

*funcionará el tribunal [y su composición], el idioma o idiomas que se utilizarán, el tiempo para producir la sentencia, el efecto de esta, etc.”<sup>24</sup>.*

La razón de ser por la que el arbitraje se configura entorno a la voluntad de las partes como principio esencial, es su objetivo de servir a los intereses específicos de los operadores y garantizarles seguridad jurídica. Sin embargo, es importante destacar que este principio, aun siendo esencial, no es ilimitado ya que su ejecución depende de la jurisdicción nacional de donde las partes deseen su reconocimiento.

#### 4. LA INTERNACIONALIDAD

Dentro de la institución de arbitraje se puede distinguir dos categorías en función de su dimensión nacional o internacional: el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. Su distinción es importante, dado que “*la necesidad de determinar la legislación aplicable*”, que se estudia en este trabajo, surge únicamente cuando la relación en cuestión presenta un elemento extranjero. Por ello, se ha de estudiar “*cuándo un arbitramento es internacional*”<sup>25</sup>.

Con el objetivo de resolver esta cuestión, se deberá acudir a la rama jurídica encargada de estudiar el componente extranjero en la regulación de un procedimiento de resolución de conflictos: el Derecho Internacional Privado. Como es bien sabido, esta disciplina se caracteriza por su diversidad a la vista de la existencia de tantos ordenamientos jurídicos nacionales como países. Ello plantea una serie de dificultades a la hora de determinar los *criterios de internacionalidad*. Algunos ordenamientos internos han optado por una definición amplia de los mencionados criterios, como es el de la Ley 60/2003 de España, que reproduce el carácter general de los *criterios de internacionalidad* que establece la Ley Modelo UNCITRAL. Además, el legislador español añade a éstos: “*que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional*”- art. 3.1.c de la Ley 60/2003 -. De esta forma, se amplía el abanico de posibilidades por las que un arbitraje pueda ser calificado como internacional por la legislación española. Y, por otro lado, como apunta el legislador en la Exposición de Motivos, se crea una alternativa al criterio basado en el domicilio de las

---

<sup>24</sup> Godoy, J. M., *ibid.*, p.53

<sup>25</sup> Arbeláez, A. Z., “Ley aplicable al fondo del litigio y al procedimiento en el arbitramento internacional”, *Revista de Derecho Privado*, n.4, 1999, p.87.

partes que puede producir confusiones. En nuestra opinión, la flexibilización de los *criterios de internacionalidad* recogidos en la Ley 60/2003 es una evidencia de la intención del legislador español de incentivar el arbitraje en España y convertirlo en un Estado de referencia en el arbitraje internacional.

Sin embargo, no todos los ordenamientos internos regulan los criterios de determinación de la internacionalidad. En estos casos, la internacionalidad será determinada conforme a la doctrina y principios de Derecho internacional. Estos se acogen a la teoría de los vínculos más estrechos, que establece que un asunto es internacional cuando presenta puntos de conexión relevantes con más de una legislación nacional. Es frecuente, que en ocasiones este tradicional criterio jurídico se reemplace, y en otras se enriquezca, con criterios económicos y comerciales; *“así, es internacional el arbitramento que produce un intercambio de riqueza entre fronteras o aquel que afecta los intereses del comercio internacional”*<sup>26</sup>. Por lo tanto, tanto la doctrina como los principios de Derecho internacional tienden a determinar la internacionalidad de un asunto en base a criterios objetivos, frente a la voluntad de las partes.

A lo que el arbitraje nacional e internacional se refiere, la jurisprudencia española les otorga la misma distinción que expone de ambas figuras la Ley 60/2003, esto es el art. 3 inspirado en los *criterios de internacionalidad* establecidos en la Ley Modelo UNCITRAL. A modo de ejemplo encontramos los AAP de Madrid núm. 157/2008, de 9 de abril, y AAP de Madrid núm. 221/2008, de 3 de junio, en los que la Audiencia Provincial establece que la modulación de las reglas generales de ejecución de un laudo arbitral *“exige tomar en consideración que el arbitraje nacional e internacional celebrado o seguido en España se rige, en la actualidad, por la Ley 60/2003”*<sup>27</sup>.

En cuanto al tratamiento legislativo en España de los laudos nacionales y extranjeros, el TSJ de Barcelona en su auto núm. 21/2017, de 22 de febrero, sobre el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero en el seno de un procedimiento ejecutivo, lo explica. En esta resolución, la Sala trajo a colación la remisión del art. 46 de la Ley 60/2003 a la Convención de Nueva York de 1958, en defecto de otros convenios más favorables. La adhesión de España a la Convención con carácter *erga omnes* *“hace*

---

<sup>26</sup> Arbeláez, A. Z., *loc.cit.*

<sup>27</sup> AAP de Madrid núm. 157/2008, de 9 de abril; AAP de Madrid núm. 221/2008, de 3 de junio.

*innecesario un régimen legal interno” sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En el mismo artículo, el legislador establece que será laudo extranjero todo aquel que se dicte fuera del territorio español y que su proceso de reconocimiento será el mismo que el “establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”.*

En dicho proceso de reconocimiento no se apreciará diferencia entre aquel al que se someta los laudos arbitrales nacionales y los internacionales, ya que conforme al art. III del Convenio de Nueva York *“para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”*. Es por ello, que tanto el legislador como la jurisprudencia española apuesta por la equiparación entre el reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera y una nacional.

## 5. PROBLEMAS DEL ARBITRAJE

La institución del arbitraje internacional ha ido evolucionando a lo largo de la historia, y con ello, también han surgido problemas que han dado lugar a disputas doctrinales.

Por un lado, la expansión del arbitraje internacional en asuntos transfronterizos, especialmente comerciales y de inversión, ha ocasionado que la institución se vea amenazada por el colapso característico del procedimiento judicial. Esto ha provocado que los motivos por los que se prefería acudir al arbitraje frente al proceso judicial ordinario - rapidez en la resolución de la controversia, menos costes procesales que el judicial, la especialización de los árbitros, confidencialidad del procedimiento arbitral y de sus laudos, etc. – se debiliten. Sin embargo, como señala el profesor Fernández Rozas, esta *“crisis de crecimiento conduce inexorablemente a la búsqueda de soluciones concretas”*<sup>28</sup>. De esta forma, se han llevado a cabo medidas que corrijan la lentitud a la que se enfrenta el arbitraje internacional, como son reducir al máximo y en la medida de lo posible los trámites que no sean imprescindibles y estudiar posibles conexiones entre

---

<sup>28</sup> Fernández Rozas, J. C., “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional XV*, Córdoba, Argentina, 2007, p.3.

el arbitraje y otros métodos de resolución alternativos. Un ejemplo de este último caso, es la inclusión en el acuerdo de arbitraje de una cláusula que prevea intentar una solución alternativa, como la mediación, antes de comenzar un arbitraje<sup>29</sup>.

La expansión del arbitraje internacional como alternativa al proceso judicial internacional para resolver controversias, se ve reflejado, a modo de ejemplo, en el aumento de la carga de casos en la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). En la *Ilustración I* se observa la tendencia de crecimiento general de controversias sometidas a la LCIA, que se traduce en un incremento del 47% en 2018 respecto de 2008.

*Ilustración I. Número total de casos LCIA registrados en el periodo 2008-2018*



Fuente: Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), 2018

El desarrollo de esta institución ha supuesto, por su parte, que los límites originarios de la misma se disipen en un contexto donde se han creado nuevos instrumentos jurídicos de arbitraje internacional y se han consolidado las costumbres y usos en determinados campos del Derecho Internacional Privado. En este aspecto, la interrelación del arbitraje y la *lex mercatoria* – ordenación de la realidad del comercio internacional -, plantea el debate sobre la universalidad de esta última, y por tanto su aplicación en todos los ámbitos del Derecho Internacional Privado, como pueden ser las inversiones extranjeras.

<sup>29</sup> Latham & Watkins, *Guía del arbitraje internacional*, 2013, p. 26.

Otro de los problemas a los que se enfrenta el arbitraje internacional es la falta de una armonización total de las legislaciones nacionales respecto a esta institución, que impide “*garantizar a las contrapartes extranjeras un marco normativo neutro y eficaz*” y eliminar las soluciones particulares que establecen determinados ordenamientos jurídicos, especialmente los de países que se muestran reticentes a las operaciones globales<sup>30</sup>. La inexistencia de un ordenamiento de Derecho Internacional Privado único supone que el arbitraje internacional quede supeditado a las legislaciones internas y a la actividad judicial estatal.

Ante este posible riesgo de frenar la neutralidad del procedimiento y la resolución arbitral, la tendencia de la práctica contemporánea del arbitraje ha sido reforzar la “*autonomía*” del arbitraje internacional por medio de la “*deslocalización*” y la “*anacionalidad*”. Dicha práctica no ha sido la misma en todas las legislaciones, distinguiendo aquellas que prevén un sistema unitario de arbitraje, en el que se reconoce la “*dualidad arbitraje nacional y extranjero*”, y las legislaciones que han diseñado un sistema dual de “*arbitraje interno e internacional*”<sup>31</sup>.

El debate sobre la preferencia de un sistema unitario o dual presenta ventajas e inconvenientes en ambos modelos. Por un lado, el sistema unitario, acogido principalmente por los países de América Latina, así como por la Ley 60/2003, se ha basado en la mayoría de los casos en la Ley Modelo UNCITRAL de comercio internacional. De esta forma, el arbitraje nacional se ha adecuado a disposiciones internacionales de comercio transnacional, aplicándose los mismos preceptos tanto para uno u otro modelo de arbitraje. Sus defensores argumentan que cada vez son menos las normas de arbitraje internacional que requieran una regulación diferente a la nacional, precisamente este argumento es utilizado por el legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 en la que se justifica la adopción de una postura monista respecto del arbitraje. Además, añade que “*una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa*”.

Por otro lado, el sistema dual de nacionalidad e internacionalidad al que se acogen países con una arraigada tradición arbitral, como Francia e Italia, distingue el arbitraje

---

<sup>30</sup>Fernández Rozas, J.C., 2007, *op.cit.*, p.3.

<sup>31</sup> Cfr. Rozas, J. C., “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del derecho aplicable al fondo de la controversia”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, III, 2010, p. 379.

doméstico e internacional como dos figuras jurídicas distintas que han de tener un tratamiento legal diferenciado. Entre los defensores de este sistema, podemos encontrar a críticos de la Ley 60/2003 como a Fernández-Armestro, quién califica como “*dramático*” el vuelco de la regulación arbitral española en los últimos 25 años. Pues, el profesor considera desacertada la adopción de un modelo arbitral inspirado en una ley de comercio internacional – Ley Modelo UNCITRAL – que no solo se aplica a todo arbitraje interno, sino que además a todo tipo de arbitraje incluyendo a los no comerciales<sup>32</sup>. La Ley 60/2003 ha traspasado fronteras, llegando a ser objeto de crítica en países como Chile, donde han adoptado un sistema dualista. En concreto, el periodista y abogado Gonzalo Biggs escribió un artículo en el que manifestaba que las razones por las que el legislador español adoptó un sistema monista no se justificaban en absoluto con la situación chilena, que había conseguido una regulación de arbitraje doméstico que verdaderamente se adecua a su cultura y por ello era eficaz, argumentando que el proyecto chileno es el correcto<sup>33</sup>.

En ambos casos, se presenta la problemática de la determinación de la internacionalidad estudiada *supra*, pues en caso del sistema unitario, la ausencia de la definición de la internacionalidad del arbitraje por una ley nacional, no significa que para dicho ordenamiento no exista este concepto<sup>34</sup>. Para ello, es importante determinar los *criterios de internacionalidad* del asunto, que en defecto de ratificación por el Estado de algún convenio que los regule, se deberá acudir a la doctrina y principios de Derecho Internacional Privado. Como se ha comentado, la determinación de la internacionalidad es un debate actual en el arbitraje, pero podríamos decir que este es aún mayor cuando la legislación nacional no dice nada de la internacionalidad y dota del mismo tratamiento al arbitraje doméstico y al internacional.

---

<sup>32</sup> Fernández-Armestro, J., “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española”, *Revista de Derecho Mercantil* (258), octubre-noviembre de 2005, 1476.

<sup>33</sup> Vallejo, A. P., “Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia”. *Vniversitas* (128), enero-junio de 2014, p. 256.

<sup>34</sup> *Cfr.* Rozas, J.C., *op.cit.*, 2007, p. 13.

## CAPÍTULO II. LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

### 1. CONCEPTO

El convenio arbitral es una figura jurídica cuyo concepto fue objeto de debate entre la doctrina del Derecho Internacional Privado, que se debatía sobre la unificación de las figuras de *cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral*, configurando así un concepto unitario del acuerdo o convenio arbitral. Sin embargo, hoy en día este se encuentra totalmente superado, ya que la mayoría de los ordenamientos nacionales han aceptado dicha concepción unitaria. A continuación, analizamos el concepto de convenio arbitral que recogen las principales fuentes normativas de arbitraje internacional: el Convenio de Nueva York de 1958, la Convención Europea de Ginebra de 1961, la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 y la Ley 60/2003.

El Convenio de Nueva York define el convenio arbitral en su artículo II, en el que en primer lugar expresa su carácter vinculante para todos los Estados que ratifiquen el Convenio. Además, de expresar el objeto del convenio arbitral como la obligación de las partes “*a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*” y la forma del convenio arbitral refiriéndose al mismo como “*acuerdo escrito*”.

El Convenio internacional en el apartado 2 flexibiliza la forma del acuerdo arbitral, estableciendo que podrá adoptar la forma de “*cláusula compromisoria*” en un contrato o “*un compromiso*”, firmado por las partes e incluso permite que dicho acuerdo se encuentre recogido “*en un canje de cartas o telegramas*”. De esta forma, ya en 1958 se otorgaba la misma fuerza ejecutiva al acuerdo arbitral con independencia de la forma permitida legalmente que adoptase, lo cual contrasta, a nuestro juicio, con la disputa doctrinal sobre *compromiso arbitral* y *cláusula compromisoria* que tuvo lugar durante un periodo de tiempo. Este artículo II también reconoce el efecto negativo del convenio arbitral, pues recoge el deber de abstención de los tribunales estatales de conocer de un asunto sobre el que existe un acuerdo de arbitraje válido, siempre que el interesado así se lo comunique.

En cuanto a la Convención Europea de Ginebra, resulta llamativo como en el artículo I.1.a), que se configura como norma de delimitación, incluye expresamente como materia de ámbito de aplicación el acuerdo o compromiso arbitral. Aunque esto no sea una diferencia sustancial con la regulación del Convenio de Nueva York, pues en esta también se incluía, pero implícitamente, sí que supone otorgar al convenio arbitral de una relevancia en la institución arbitral, y por ende al principio de autonomía de la voluntad.

Por otro lado, la Convención se configura como una fuente normativa más específica, en cuanto al convenio arbitral se refiere, que el Convenio de Nueva York. Pues, a diferencia de esta, también determina el contenido, operaciones comerciales internacionales, y las partes, personas físicas o jurídicas que en el momento de la celebración del convenio tuviesen su residencia habitual, domicilio o sede social en Estados diferentes, del acuerdo. Otro aspecto relevante del Convenio, es la absoluta flexibilidad de la forma del convenio arbitral, permitiendo que la forma sea la que establezcan las leyes nacionales correspondientes en cada caso.

La Ley Modelo UNCITRAL regula en su capítulo II el acuerdo de arbitraje, este contiene la réplica del artículo II del Convenio de Nueva York y un mayor desarrollo de las formalidades del convenio arbitral, siguiendo la línea de flexibilidad al respecto iniciada por la Convención de Ginebra. Aunque la ley limita el acuerdo a la forma escrita, sí que permite que el contrato arbitral sea oral en algún caso. Además, introduce lo que se entiende por forma escrita en el ámbito de comunicaciones electrónicas, en el seno de un intercambio de demandas y contestaciones, y en las referencias a otros documentos que contienen una cláusula compromisoria.

Por último, el artículo 9 de la Ley 60/2003 es una reproducción de la Ley Modelo UNCITRAL, a la que añade el apartado 6 sobre la validez del convenio arbitral en el arbitraje internacional, como consecuencia del carácter monista de la Ley 60/1980.

Como se puede observar, pese a la diferencia temporal en la redacción de estas cuatro fuentes normativas, sus diferencias se concretan en la técnica legislativa empleada y en su ámbito de aplicación, pues en cuanto al concepto de convenio arbitral se refiere este no varía entre unas normativas y otras. La definición de convenio arbitral que introdujo la Convención de Nueva York de 1958 se ha mantenido en los posteriores

desarrollos legislativos tanto a nivel internacional como nacional, matizando únicamente las formalidades del mismo.

## 2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONVENIO DE ARBITRAJE

El convenio de arbitraje que conocemos hoy en día es el resultado de una evolución conceptual del mismo, pues en sus orígenes este se escindía en dos figuras jurídicas distintas: la *cláusula compromisoria* y el *compromiso arbitral*. Así ocurría en el caso de la Ley española de arbitraje de Derecho privado de 1953.

Por lo general, las distintas regulaciones nacionales definían las diferencias entre una y otra figura, en el momento de su constitución y sus efectos. Pues, mientras que la *cláusula compromisoria* se concebía como un “*contrato preliminar de arbitraje*” y se le atribuía “*la función de ‘preparar el arbitraje’, obligándose las partes a ‘instituirlo en su día’*”<sup>35</sup>, el *compromiso arbitral* consistía en el acuerdo por el que las partes se comprometen a someter a arbitraje el conflicto ya existente, facultando de esta forma “*al árbitro o arbitrador para determinar la controversia que hay entre ellos*”<sup>36</sup>.

En la práctica, la relación entre ambas figuras era de subordinación, pues la eficacia de la *cláusula compromisoria* quedaba limitada a la celebración posterior – una vez surgido el conflicto entre las partes – del *compromiso arbitral*. Esta limitación se hacía evidente cuando una de las partes contrayentes se oponía a someterse a arbitraje, en estos casos, la contraparte instaba ante el Juez “*la formalización judicial del compromiso*”<sup>37</sup>, como consecuencia del efecto positivo de la *cláusula arbitral*: la obligación de las partes a someterse a arbitraje.

En cualquier caso, siendo admitida o inadmitida la comentada pretensión, la realización del arbitraje quedaba obligatoriamente sometida a un previo proceso ante los tribunales ordinarios, lo que impedía que el arbitraje fuese un medio rápido y simple de resolución de controversias. Además, de acuerdo con el autor Caivano<sup>38</sup>, “*esta solución implicaba dejar en manos del tribunal judicial el juzgamiento de la existencia, validez y extensión de la cláusula arbitral, en la medida en que esta era el antecedente necesario*

---

<sup>35</sup> Campos, J. D., *op.cit.*, p. 17.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> Caivano, R.J, “La fenomenal evolución del arbitraje...en el resto del mundo”, *El Derecho*, n. 13.240, mayo 2013, p. 2.

*para ordenar la celebración compulsiva del compromiso*”, lo que contradice la regla general de la mínima intervención judicial en el proceso arbitral, aceptada por los principales instrumentos internacionales de arbitraje.

Actualmente, la mayoría de los ordenamientos nacionales se han acogido al concepto unitario de pacto arbitral de la Ley Modelo UNCITRAL, por el que se entiende convenido el arbitraje sin importar el momento de su celebración – que se refiera a controversias futuras o existentes –, y sin necesidad de que las partes hayan expresado de forma precisa los aspectos a los que se hace referencia.

En esta línea, el legislador español en la Ley 60/2003 adoptó el concepto unitario de convenio arbitral, en concreto en su art. 9.1 equipara las formas de cláusula incorporada a un contrato y de acuerdo independiente que pueda adoptar el convenio arbitral. Además, como se expondrá más adelante, el legislador aboga por la conservación “*o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral*”<sup>39</sup>.

De esta forma, vemos como la evolución del convenio arbitral en España ha seguido los pasos del desarrollo legislativo de esta institución a nivel internacional, aunque dicha evolución haya tenido lugar varios años más tarde.

## 2.1 El principio de autonomía en el convenio arbitral

La autonomía del convenio arbitral hace referencia a su independencia respecto del contrato principal en el que se incluye. Reconocer esta característica supone que la invalidez del contrato principal no afectará a la validez del acuerdo arbitral, y que este último tendrá su propia ley aplicable, aunque en ocasiones pueda coincidir con la *lex causae*.

Este principio de autonomía o separabilidad de la cláusula compromisoria ha sido reconocido por varios sistemas de Derecho Internacional Privado, como el francés, así como instrumentos jurídicos internacionales tales como la Ley Modelo UNCITRAL<sup>40</sup>. Hasta la aceptación de este principio por la doctrina y jurisprudencia de esta disciplina jurídica, era frecuente que las partes que querían evitar someter la controversia al arbitraje

---

<sup>39</sup> Ley 60/2003, 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), Exposición de Motivos.

<sup>40</sup> Cfr. Arbeláez, A.Z., *op.cit.*, p. 89.

alegaran la nulidad del contrato, como ocurrió en el caso *Quijano Agüero y otros c. Marcel Laporte*<sup>41</sup>.

El argumento en el que se basa este principio es que la competencia del árbitro para conocer de las disputas entre las partes emana del convenio arbitral no del contrato principal, por lo que la validez del primero no puede depender de la validez del segundo, según el internacionalista Caivano<sup>42</sup>. Además, este autor defiende que aquel que alegue la inexistencia o invalidez del pacto arbitral deberá demostrar que la condición de inexistencia o invalidez se predica respecto de la misma cláusula, y no del contrato principal.

Sin embargo, este principio de autonomía no es absoluto en todos los casos conforme a la Ley 60/2003 y la jurisprudencia. Pues si bien se reconoce la naturaleza contractual y autónoma del convenio arbitral la ley aplicable para analizar la validez del mismo depende de su naturaleza negociada o de adhesión.

La trascendencia de dicha distinción reside en que el convenio arbitral negociado es el reflejo del principio de autonomía ilimitado, mientras que si se encuentra en un contrato de adhesión el TS establece con fundamento en el art. 9.2 de la Ley 60/2003, que “[...] la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato [contrato de adhesión]”<sup>43</sup>. Es por ello, que en este último caso el principio de autonomía, entendido como plena independencia del convenio arbitral respecto del contrato en el que se encuentra es limitado en lo que a la ley aplicable para el análisis de su validez se refiere.

### 3. LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

Partiendo de la base del artículo 16<sup>44</sup> de la Ley Modelo UNCITRAL, por el cual el convenio arbitral es un contrato por sí mismo, independiente de aquel en el que se

---

<sup>41</sup> *Apud op.cit.*, Campos, J. D., p. 30. Sentencia del Tribunal de Apelación de París (1ª Sala Sup.) de 25 de enero de 1972, sobre el asunto *Quijano Agüero y otros c. Marcel Laporte*, en la que el tribunal rechaza las alegaciones de la parte española que solicitaba la anulación de la resolución judicial por no fundamentarse en la ley española, que por aquel entonces exigía el *compromiso arbitral* y que regía el contrato principal. Sin embargo, el Juez falla que “*si bien el contrato se considera sometido a la ley española, es la ley francesa la que rige la relación del arbitraje*”.

<sup>42</sup> Caivano, R.J., *op.cit.*, p. 18.

<sup>43</sup> STS núm. 409/2017, de 27 de junio, FJ 5.

<sup>44</sup> **Art. 16 Ley Modelo UNCITRAL.** “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo*

incluye, la invalidez del contrato principal no afectará a la validez de la cláusula arbitral. Por ello, la validez del convenio arbitral dependerá, en primer lugar, de la validez material del convenio - elemento objetivo -, y de forma accesoria, de la capacidad de las partes para someter sus controversias al mecanismo del arbitraje internacional - elemento subjetivo -.

Como hemos comentado *supra*, la Ley 60/2003 apuesta por facilitar la validez del convenio arbitral referido a un arbitraje internacional, así lo expresa en su art. 9.6, en el que establece tres criterios alternativos por los que se puede determinar la validez del convenio arbitral: “*las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español*”<sup>45</sup>.

De la validez del convenio arbitral se desprende el efecto negativo del mismo, por el que los tribunales deberán abstenerse de conocer “*las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*” – art. 11 Ley 60/2003 -. Sin embargo, la apreciación de dicha sumisión a arbitraje por parte de los tribunales estatales ha sido un tanto controvertida, surgiendo así dos tesis distintas acerca del principio *kompetenz-kompetenz* – competencia para declararse competente -.

Por un lado, la “*tesis fuerte*” que entiende que el tribunal de justicia, en caso de presentación de declinatoria, deberá analizar superficialmente la existencia del convenio arbitral. En el supuesto en el que el órgano judicial compruebe que efectivamente existe una sumisión arbitral, estimará la declinatoria y solo mediante el posterior recurso de anulación del laudo arbitral podrá el tribunal estatal “*revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia*”. En cambio, la “*tesis débil*” argumenta que “*el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio*”<sup>46</sup>.

---

*independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.*

<sup>45</sup> Ley 60/2003, 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), Exposición de Motivos.

<sup>46</sup> STS núm. 409/2017, de 27 de junio, FJ 3.

La jurisprudencia española se ha decantado por esta última como expresa el TS en su sentencia núm. 409/2017, de 27 de junio, argumentando que los artículos 11 de la Ley 60/2003 y 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - que regulan la presentación de una declinatoria por existencia de un convenio arbitral en el seno de un proceso judicial ya iniciado – no establecen ninguna limitación al *“enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral [...] y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido y eficaz”*.

Además, el TS añadió que el criterio de la *“tesis débil”* del principio *kompetenz-kompetenz* es el que aplican los principales instrumentos internacionales que regulan el arbitraje. Así, la Convención de Nueva York – 1958 -, el art. II.3<sup>47</sup> prevé un análisis previo de la validez y eficacia del convenio arbitral por parte del órgano judicial correspondiente. Una previsión similar establece la Ley Modelo UNCITRAL en su art. 8.1.

Por su parte, el considerando 12 del Reglamento (UE) nº 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aun no siendo aplicable para los casos de arbitraje, establece que: *“Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional”*.

Una vez que hemos analizado la competencia de los órganos judiciales para comprobar la validez del convenio arbitral en los supuestos de presentación de declinatoria, lo primero que han de determinar es *qué ley* aplica al convenio arbitral, especialmente, en lo relativo a la forma y su contenido. A este respecto, la Convención de Nueva York establece como leyes aplicables a la validez del convenio arbitral, en

---

<sup>47</sup> Art. II.3 Convención de Nueva York de 1958. *“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”*.

primer lugar, la ley que hubiesen establecido las partes, y en su defecto, la ley del lugar donde se haya dictado el laudo – art. V.1.a<sup>48</sup> -.

En comparación con la Ley 60/2003 y el Convenio de Ginebra de 1961, la Convención de Nueva York es menos flexible que estas dos fuentes normativas. En el caso del Convenio de Ginebra el art.VI añade un criterio adicional a los expresados en la Convención, este es el de la “*ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto*” cuando no resulte aplicable ninguno de los criterios anteriores mencionados por la norma. Por otro lado, la Ley 60/2003, como hemos comentado, adopta un criterio flexible para determinar la validez del convenio arbitral, estableciendo con carácter alternativo: la ley que hayan estipulado las partes o la *lex causae* o el Derecho español, a diferencia del carácter jerárquico del art. V de la Convención de Nueva York y el art. VI del Convenio de Ginebra.

El Convenio de Ginebra de 1961, además, añade que “*los Tribunales nacionales de los Estados Contratantes [...] deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la ley que les sea aplicable a estas*”. Aunque el mencionado precepto no concrete dicha “*ley que les sea aplicable*”, el Derecho Internacional Privado prevé como regla general que será la ley personal o nacional del sujeto contratante la que determine la capacidad del mismo para contratar<sup>49</sup>.

De este modo, en el caso en que contratante A, nacional francés, y contratante B, nacional español, sometieran sus controversias referidas a una relación contractual previa entre ambos, la ley aplicable para determinar la capacidad del contratante A será la ley francesa. En cambio, la ley que determine la capacidad de obrar del contratante B será la española. Por tanto, la aplicación de leyes estatales distintas a un mismo contrato internacional, como es el convenio arbitral, es muy frecuente, dando lugar así al fenómeno *dépeçage*.

---

<sup>48</sup> Art. V.1 Convención de Nueva York de 1958: “*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 le 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*”.

<sup>49</sup> Cfr. Arbeláez, A.Z., *op.cit.*, p. 90.

A pesar de la disputa doctrinal sobre los límites de dicho fenómeno, este ha sido generalmente aceptado por autores como Carrascosa, quién afirma que *“la posibilidad de las partes de elegir varias Leyes aplicables al mismo contrato, – o de elegir la Ley aplicable a una ´parte del contrato´–, no es algo excepcional que deba ser interpretado restrictivamente o reconducido a una mera ´incorporación por referencia´ de normas materiales al contrato”*<sup>50</sup>.

En el supuesto de personas jurídicas, cuya atribución de la nacionalidad ha sido muy discutida, cada ordenamiento interno establecerá los criterios por los que un ente jurídico se considerará nacional del país. En el caso de España, el Código Civil concede la nacionalidad a las personas jurídicas constituidas en el territorio español y que tengan su domicilio social en el mismo - art. 9 CC -. Como salvedad a la regla de aplicación de la ley personal o nacional para determinar la capacidad de las partes, el Código Civil establece en el art. 12.3 que *“en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*.

#### 4. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL

La jurisprudencia española ha señalado en varias ocasiones que *“la voluntad de las partes es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral”*, un ejemplo de ello fue la STS de 15 de noviembre de 1963<sup>51</sup>. Y, en palabras del profesor Campos, *“la voluntad que se manifiesta en el acto o convenio de arbitraje, [constituye el] verdadero centro de toda la institución ya sea en su dimensión interna o internacional”*<sup>52</sup>. De este modo, el contenido del convenio arbitral no solo es condición necesaria para que tenga lugar el arbitraje, sino que al recoger la voluntad de las partes también es fuente de la jurisdicción arbitral.

En la actualidad la jurisprudencia mantiene esta opinión, como se refleja en el auto del TSJ de País Vasco núm. 6133/2012, de 9 de abril, en la que el órgano judicial afirma que *“el sometimiento voluntario es la característica principal y más definitoria del Arbitraje. Éste es de naturaleza esencialmente convencional y está sometido a la libertad de las partes”*. Es por ello, que argumenta, con fundamento en la Convención de Nueva

---

<sup>50</sup> Carrascosa, J., “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 18, 2000, p.14.

<sup>51</sup> *Apud* Campos, J.D., *op.cit.*, p.7.

<sup>52</sup> *Id.*

York, que el arbitraje ha de “desarrollarse conforme a lo pactado en convenio arbitral”. Y, añade que “las partes han de ser tratadas de manera igual y justa y de que el laudo no debe vulnerar los principios del orden público”.

Esto significa que el mandato de las partes establecido en el pacto arbitral encuentra su límite en las garantías procesales y en el orden público definido en el país donde se desee el reconocimiento del laudo arbitral. Pues si las partes definen el proceder o la aplicación de una ley de un Estado cuyo contenido es contrario al orden público de donde se desee su ejecutividad, el laudo arbitral no tendrá efectos allí donde las partes quieran y por ello la voluntad de las partes de someterse a una determinada ley queda vacía.

El TS en su sentencia núm. 433/2003, de 9 de mayo, justifica el límite que supone el control del orden público a la autonomía de la voluntad expresando que dicho control se ejercitará “en un contexto donde el respeto y sincero reconocimiento de la autonomía del arbitraje internacional no conlleve sacrificar los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico en particular ni de la comunidad internacional en general”<sup>53</sup>.

Los requisitos formales del convenio arbitral son esenciales para la validez del mismo, entre ellos se encuentra la firma por las partes del convenio arbitral que es el reflejo de la aceptación bilateral de la sumisión arbitral. Sin embargo, la doctrina del TS entiende que “ lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las ‘fórmulas sacramentales’ como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje ( SSTS 1-6-99 1999/4284 , 13-7-01 RJ 2001/5222] y 18-3-02 [ RJ 2002, 2847]\_) y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988 ( STS 13-3-01 [ RJ 2001,3978])”<sup>54</sup>.

Esta última doctrina ha sido reiterada en resoluciones judiciales posteriores como la STS núm. 433/2003, de 9 de mayo, y en varios Autos de la Audiencia Provincial de

---

<sup>53</sup> STS núm. 433/2003, de 9 de mayo, FJ preliminar.

<sup>54</sup> STS núm. 64/2003, de 6 de febrero, FJ 2.

Madrid como son el Auto núm. 180/2007, de 16 de julio, el Auto núm. 221/2008, de 3 de junio, y el Auto núm. 157/2008, de 9 de abril. En estos el convenio arbitral no se ha considerado inválido por carecer de la firma de las partes, por lo que, aunque el Convenio de Nueva York y la Convención de Ginebra exijan este requisito formal para la validez del convenio, no será necesario conforme a la jurisprudencia española.

El carácter de negociabilidad<sup>55</sup> del convenio de arbitral se manifiesta con máximo esplendor en los contratos de consumidores en los que se incluyen una cláusula de sumisión a arbitraje. Como resultado de la aplicación de la doctrina jurisprudencial acerca de la relevancia de la existencia de una “*voluntad inequívoca*” sobre el requisito de la firma, el examen sobre la existencia de dicha voluntad es más exhaustivo en estos casos. De acuerdo con la AP de Madrid en su Auto núm. 180/2007, de 16 de julio, esto se debe a que se trata de un contrato predispuesto en el que se incluye el convenio arbitral, y en concreto en este caso, no consta que la cláusula, que constituye el convenio arbitral, haya sido negociada individualmente. De esta forma, careciendo el convenio arbitral de carácter bilateral este se tiene por no puesto.

Varias instituciones internacionales de arbitraje, CCI o LCIA, al igual que instrumentos jurídicos como la Ley Modelo UNCITRAL, han desarrollado modelos de cláusulas de arbitraje que han puesto a disposición del público. Estas son muy básicas, por lo que probablemente deberán adaptarse para satisfacer las necesidades de cada caso en particular, y especialmente a las exigencias que establezca la ley que gobierne el acuerdo de arbitraje y/o la ley de la sede del arbitraje y/o la del lugar de ejecución, que pueden imponer obligaciones en cuanto a la forma y contenido del acuerdo de arbitraje<sup>56</sup>.

Un elemento fundamental del contenido del convenio arbitral, y de especial relevancia para este trabajo, es la determinación de la ley aplicable a las controversias en el convenio de arbitraje. En caso de no haberse declarado en otra parte del contrato, es en el acuerdo arbitral donde ha de figurar. También, respecto a la ley de sumisión acordada por las partes en el convenio, los tribunales han comentado la relación de conexidad de la misma con las circunstancias de cada caso. De la STS núm. 433/2003<sup>57</sup>, de 9 de mayo,

---

<sup>55</sup> En este sentido el “carácter de negociabilidad” se refiere al carácter susceptible de negociación o de adhesión por un consumidor y usuario.

<sup>56</sup> Cfr. Latham & Watkins, *op.cit.*, p. 26.

<sup>57</sup> STS núm. 433/2003, de 9 de mayo: aborda la conexidad de la ley elegida por las partes ante la oposición por una de las partes del reconocimiento de un laudo arbitral por “*la falta de conexión de la ley inglesa con*

podemos concluir que el factor de conexión de la ley determinada por las partes con el caso en concreto es irrelevante en el arbitraje internacional, lo cual tiene sentido con la vocación de autonomía de las partes que predica la institución arbitral.

Las condiciones que las partes pueden acordar y expresar en el convenio arbitral - número de árbitros, idioma, etc -, son tan amplias como la ley aplicable al fondo y al procedimiento del arbitraje permita que sea la voluntad de las partes. En ocasiones, estas mismas son las que elaboran el contenido de su acuerdo arbitral seleccionando las reglas o métodos por los que deseen resolver sus controversias, y en otros casos, el contenido del convenio arbitral queda integrado por “*las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido*” - art. 4.1 b de la Ley 60/2003 -.

Esta última es la práctica más habitual, tanto en el arbitraje institucional como en el arbitraje *ad hoc*. Por el primero, las partes remiten el contenido del convenio arbitral al reglamento de una institución de arbitraje internacional en concreto. Por el contrario, el arbitraje será *ad hoc* o administrativo cuando la remisión se refiera a un reglamento modelo no vinculado con una institución<sup>58</sup>.

En este contexto, uno de los problemas que se plantea es qué ocurre cuando el reglamento que da contenido al convenio arbitral es reformado en el periodo que transcurre entre la perfección del acuerdo arbitral y el proceso de arbitraje. En este caso, la doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida entre aquellos que sostienen el reenvío dinámico del convenio arbitral, por el que se aplicará el reglamento en vigor en al inicio del procedimiento arbitral, y los que definen el reenvío como estático, es decir, que se ha de aplicar la versión del reglamento que existía en el momento que se perfeccionó el convenio arbitral<sup>59</sup>. Con objetivo de unificar la respuesta a este interrogante, el autor Rosón, tras realizar un estudio de Derecho comparado sobre la materia, concluyó que la regla general en el arbitraje internacional es la aplicación del

---

*el negocio*”- el negocio se refiere a la actividad realizada por la parte demandada -, calificando la elección de dicha ley como una “*conexión caprichosa*”. Sin embargo, el tribunal resuelve esta cuestión afirmando que la cláusula arbitral no supone ninguna cláusula oscura, y por tanto es válida. Esto nos lleva a concluir que el factor de conexión de la ley determinada por las partes con el caso en concreto es irrelevante en el arbitraje internacional, lo cual tiene sentido con la vocación de autonomía de las partes que predica la institución arbitral.

<sup>58</sup> Cfr. Latham & Watkins, *op.cit.*, p. 15

<sup>59</sup> Rosón, L., “ La reforma de los reglamentos de arbitraje y su impacto sobre el convenio arbitral”, *Revista de Derecho UNED* (21), 2017, p. 19-39.

reglamento en vigor en el momento del inicio del procedimiento arbitral, salvo pacto en contrario de las partes.

## CAPÍTULO III. LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIDA

### 1. LEX CAUSAE O LEY APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO

En este capítulo, se estudia la actuación del árbitro a la hora de determinar el Derecho aplicable por el que va a resolver el litigio. Pero antes de entrar en detalle, consideramos relevante definir previamente el concepto de *lex causae* o ley aplicable al fondo. Para ello, tomamos de referencia la Ley Modelo UNCITRAL, la Ley 60/2003, el Convenio de Ginebra de 1961 y el Convenio de Nueva York de 1958.

La Ley Modelo en su artículo 28<sup>60</sup> no solo reconoce el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, como se ha comentado anteriormente, sino que también refleja como el legislador ha ofrecido un amplio abanico de posibilidades a las partes para determinar la ley aplicable, ya que no se refiere a “*leyes*” sino a “*normas*”.

De esta forma, entre las posibilidades de normas aplicables se encuentran: la elección de común acuerdo por las partes de “*normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional*” como pueden ser los incoterms, o de instrumentos de Derecho sustantivo “*como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, sin necesidad de remitirse a la legislación interna de ningún Estado parte en esa Convención*”<sup>61</sup>. Sin embargo, se ha de destacar que dicha referencia a las “*normas*” solo opera cuando las partes hayan ejercido su derecho de elección, pues en caso contrario el árbitro deberá aplicar la ley nacional que determinen las normas de conflicto de leyes que considere oportunas<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Artículo 28 Ley Modelo UNCITRAL. Normas aplicables al fondo del litigio: “1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. 3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

<sup>61</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, p.37.

<sup>62</sup> *Ibid.*

En cuanto a Derecho aplicable se refiere, la Ley 60/2003 en su art. 34<sup>63</sup> diferencia entre aquellos supuestos en los que las partes han determinado de común acuerdo el Derecho aplicable, y aquellos en defecto de elección. Respecto a los primeros, matiza el mandato de las partes al árbitro señalando que *“toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”*.

Podemos deducir que la relevancia de dicho apartado radica en que, si se contemplase una remisión genérica a las normas de conflicto del Derecho elegido, la determinación de la ley aplicable resultaría más compleja para las partes. Pues para evitar que de la remisión a un Derecho en concreto se aplique la ley nacional de otro Estado distinto que no se desease, las partes deberían realizar un estudio más profundo de la ley aplicable. Esto implica dotar a la institución arbitral de mayores complejidades, lo cual no resulta coherente con la vocación de impulsar esta institución que promulga la Ley 60/2003.

En defecto de elección de las partes, el legislador faculta al árbitro para que sea éste el que determine el Derecho aplicable que considere más oportuno. Es en estos casos donde la diferencia entre el arbitraje de equidad y el de derecho resulta más evidente, y, por ende, donde la relevancia de acotar las facultades del árbitro es importante para no abandonar a la suerte de éste la determinación total de la ley aplicable, no siendo esta la voluntad de las partes. Por lo que entendemos lógico que el apartado 1 del art. 34 disponga el arbitraje de equidad solo cuando las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse al mismo. Respecto de la referencia que hace a los *“usos aplicables”* en su último apartado, entendemos que alude a ellos como instrumentos interpretativos del mandato de las partes al árbitro.

Las normas de Derecho sustantivo establecidas en el art. VII del Convenio de Ginebra de 1961 son muy similares a las comentadas en la Ley 60/2003. Aunque pueden

---

<sup>63</sup> Art. 34 Ley 60/2003. *“1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables”*.

apreciarse dos matices: por un lado, en caso de defecto de elección, “*los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión*”. A diferencia de la Ley 60/2003, en este caso el legislador concreta el tipo de norma – normas de conflicto - que el árbitro puede considerar como más “*apropiada*”. De tal forma, que el árbitro aplicará la ley nacional del Estado que determine la norma de conflicto establecida en el Derecho que considere oportuno. Por otro lado, respecto del arbitraje de equidad presenta dos particularidades: su referencia al mismo como actuación del árbitro “*en calidad de amigos componedores*” y el doble requisito de voluntad de las partes y la ley aplicable al arbitraje para que el arbitraje de equidad sea lícito.

Desde la perspectiva del Convenio de Nueva York de 1958 este análisis es diferente, pues este es únicamente un texto de Derecho procesal, ya que su ámbito de aplicación es “*el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales [...]*”. Por ello partimos de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral recogidas en el art. V, para analizar si de entre estas se encuentra el incumplimiento de la *lex cause* establecida en el convenio arbitral.

Sin embargo, dicho artículo contempla como causa de anulación por incumplimiento del convenio arbitral solo lo que respecta a la *lex fori*. Lo anterior indica que la voluntad del legislador es limitar la intervención judicial en cuanto al fondo del litigio en el arbitraje. Esta sospecha se refuerza con la redacción del art. 41 de la Ley 60/2003 que limita la validez del contenido del laudo únicamente al orden público y cuando resuelva sobre materias no susceptibles de arbitraje. Además, el TS añade que “*tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad – [...] - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje*”<sup>64</sup>. En definitiva, el control sobre el fondo del asunto por parte de los órganos judiciales a un laudo arbitral está limitado al orden público definido por la ley del país donde se desee su reconocimiento.

Por todo ello, se puede resumir que tanto la Ley 60/2003 como los principales instrumentos internacionales de arbitraje establecen que, en cualquier caso - por elección de las partes o en defecto de elección - la ley aplicable podrá ser: una ley nacional, una

---

<sup>64</sup> STS de 15 de septiembre de 2008, citada en STSJ de La Rioja núm. 2/2016, de 14 de octubre, FJ 3.

regulación de Derecho Internacional Privado, un reglamento de un organismo internacional, o usos y principios de Derecho internacional.

### 1.1 Funciones de la *lex causae*

En el campo del Derecho privado, la ley aplicable a los contratos desempeña tres finalidades: primero, realiza una “*función de completiva*” por la que se cubren las lagunas contractuales, segundo, una “*función interpretativa*” para esclarecer el sentido de las ambigüedades que se susciten del contrato, y, por último, una “*función restrictiva*” por la que la ley aplicable se presenta como límite de la voluntad de las partes contrayentes en la regulación de su relación jurídica. Sin embargo, si esta última función se aplicara en el ámbito del arbitraje internacional, se estaría reconociendo que las partes podrían elegir una ley que anulara sus propios pactos, siempre y cuando estos se considerasen contrarios a dicha ley<sup>65</sup>.

Al respecto ha surgido el debate doctrinal sobre si la ley aplicable en el arbitraje tiene una función restrictiva o no. En el Derecho Internacional Privado clásico se reconocía dicha función, alegando que “*las partes, al elegir el Derecho aplicable, pueden estar interesadas en establecer un marco de control del alcance de sus pactos, auto limitándose de alguna forma, y no sería irrazonable que las normas imperativas de la ley aplicable derogaran algún pacto, o incluso, todo el contrato. Ni siquiera si las partes han establecido la prevalencia de sus propios pactos cuando sean contradictorios con el derecho elegido podrían impedir este efecto, por cuanto la validez de la propia cláusula no podría quedar al margen de toda ley*”, de acuerdo a Gaillard y Savage,<sup>66</sup> – 1999 - en su obra *Fourchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Sin embargo, en opinión del profesor Sánchez Lorenzo<sup>67</sup>, resulta necesario “*por razones de seguridad jurídica y de respeto a la autonomía de la voluntad de las partes*”, que se prescinda de la función restrictiva de la *lex causae*, ya que se ha de presuponer que las partes no eligen una ley aplicable que anule sus pactos.

---

<sup>65</sup> Sánchez Lorenzo, S., “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”. *R.E.D.I.*, LXI (1), 2009, p. 44.

<sup>66</sup> Gaillard, E., y Savage, J., *Fourchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 797-799, *apud.* Sánchez Lorenzo, S., *Id.*

<sup>67</sup> *Id.*

En este trabajo, nos acercamos más a la postura del profesor Sánchez Lorenzo, pues entendemos que, si las partes han acordado someter sus posibles o existentes controversias a una determinada ley, es porque desean proteger determinados intereses, que son los que han motivado a ambas partes a celebrar un acuerdo. En caso contrario, estaríamos vaciando la razón de ser del pacto entre las partes, que no es otra que garantizar la seguridad jurídica a los contrayentes. Por ello, consideramos que no cabe presumir que los pactos celebrados por las partes pueden ser contrarios al Derecho elegido, y que los pactos prevalecen sobre la *lex causae*.

## 2. DERECHO APLICABLE ELEGIDO POR LAS PARTES

### 2.1 Elección expresa y Elección tácita

Como hemos comentado, las partes pueden indicar la ley a la que deseen someter sus disputas en el convenio arbitral, pero también puede darse el caso de que la elección la realice en un “*acuerdo separado, posterior o anterior al convenio arbitral*”<sup>68</sup>. La labor del árbitro en la aplicación de la ley al fondo de la controversia resulta más fácil cuando las partes han acordado expresamente la misma. Sin embargo, esto no libra de todo problema al árbitro en la realización de esta tarea.

Existe una aceptación general en el Derecho Internacional Privado de la elección tácita de la ley aplicable por las partes, que ya se reflejaba en el artículo 3.1<sup>69</sup> del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Esto ha sido objeto de debate por dos motivos: el primero, se refiere a los criterios que se deben atender para apreciar la existencia de una elección tácita. Pues dependiendo de la tendencia del intérprete a apreciar solo criterios objetivos o subjetivos, contextuales o internos, las conclusiones sobre la ley aplicable pueden ser diversas. Esto constituye uno de los principales argumentos de aquellos, que como Lew – 1978 -, se oponen a reconocer la interpretación implícita de la voluntad de las partes<sup>70</sup>. El otro motivo es el falso problema que puede ocasionar la interpretación de una elección tácita en un modelo de solución

---

<sup>68</sup> *Ibid.* p.45.

<sup>69</sup> *Apud* *ibid.* p.44.

<sup>69</sup> Artículo 3.1 Convenio de Roma de 1980: “*Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

<sup>70</sup> *Apud* Sánchez Lorenzo, S., *loc.cit.*

conflictual, pues puede ocurrir que la consecuencia jurídica sea la aplicación al fondo de otro Derecho nacional. Tanto en este método de determinación de la ley aplicable como en un modelo de atribución en defecto de elección expresa, es frecuente que las partes discutan sobre la ley tácitamente elegida, por lo que el árbitro suele ser muy prudente a la hora de realizar esta inducción<sup>71</sup>.

La jurisprudencia española reconoce tanto la sumisión tácita como expresa a arbitraje. Así, concluyó el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 2535/2019, de 18 de febrero. Este reconocimiento estuvo motivado por el criterio antiformalista que ha adoptado la Ley 60/2003, a diferencia de la Ley de arbitraje de 1988 a la que sustituyó. En ella se incorporó la sumisión mediante “*un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*” – art. 9.3 – y el “*intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra*” - art. 9.5 -. De esta forma, la sumisión a arbitraje pasa de ser necesariamente expresa a tácita o expresa. Todo ello se puede desprender de la sentencia previamente mencionada, que trae a colación la sentencia del TSJ de País Vasco núm. 8/2015, de 23 de septiembre, en la que se afirma que lo esencial en “[...] *la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje [es que] sea patente y perceptible*”<sup>72</sup>.

La doctrina del TSJ de Madrid sobre la claridad de la voluntad de las partes con independencia de su forma, es la misma que mantiene el TC. Así lo ha expresado en sus manifestaciones acerca de la renuncia jurisdiccional que supone la sumisión a arbitraje, en las que explica que “*por su propia naturaleza, la renuncia ha de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que puede deducirse de actos inequívocos y concluyentes (v.gr., entre muchas, SS. 623/2013, de 26 de octubre - roj 4952/2013-, FJ 6, y 358/2014, de 20 de junio - roj 2486/2014 -, FJ 2)*”<sup>73</sup>.

Entre los “*hechos concluyentes*” de la voluntad inequívoca de sumisión arbitral se encuentra “*el solo hecho de que el demandado no interponga declinatoria, [lo que supone que] el convenio arbitral queda tácita pero definitivamente renunciado*” de acuerdo con

---

<sup>71</sup> Cfr. *ibid.*, p.47.

<sup>72</sup> STSJ de País Vasco núm. 8/2015, de 23 de septiembre, FJ 1.

<sup>73</sup> STJ de Madrid núm. 2535/2019, de 18 de febrero, FJ 4.

el TS<sup>74</sup>. Por todo ello, la jurisprudencia española, en consonancia con la Ley 60/2003, reconoce la sumisión arbitral tanto si se ha manifestado de forma expresa como tácitamente.

Por otro lado, a pesar del carácter negocial del convenio arbitral, la jurisprudencia española ha aceptado en algunos casos la existencia de un “*arbitraje impositivo*”, por el que una parte impone a la otra este método de resolución de conflictos.

La doctrina constitucional establece al respecto que el arbitraje obligatorio supone una vulneración del derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE, siempre que “*el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral*”<sup>75</sup>. El tribunal matizó posteriormente esta doctrina en la sentencia núm. 119/2014, de 16 de julio, - FJ 5 B - en la que expone “*hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión*”, y reitera en la STC núm. 1/2018, de 11 de enero, FJ 3.

En la STC 1/2008, de 11 de enero, se debate, entre otras cosas, la constitucionalidad del arbitraje imperativo en los contratos de seguros de defensa jurídica. Aun manifestándose la unanimidad de los magistrados en favor de la doctrina constitucional anteriormente expresada, se aprecian en los votos particulares del fallo la existencia de discrepancias respecto a la argumentación apoyada por la mayoría del tribunal sobre la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio en este tipo de contratos.

En concreto, el voto particular del magistrado Antonio Narváez expone las discrepancias en cuanto a la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en estos contratos con la sentencia y que es compartido por el resto de magistrados que emiten un voto particular. En este, el magistrado sintetiza la cuestión en una pregunta: “*¿Puede sostenerse una vigencia plena del principio de autonomía de la voluntad, que lleve, en este ámbito [contrato de seguros de defensa jurídica], a la posibilidad de preservar a*

---

<sup>74</sup> STS núm. 860/2007, de 10 de julio.

<sup>75</sup> STC 43/1988, de 12 de abril, citada en STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3.

*toda costa la tesis de la libertad absoluta entre las partes, hasta el punto de que, como consecuencia de los conflictos de intereses que puedan surgir durante la vigencia del contrato, las partes deban solventar sus diferencias acudiendo, sólo de común acuerdo, al sistema alternativo arbitral de solución de sus diferencias?”<sup>76</sup>.*

La mayoría del tribunal opinó que sí, porque, en su opinión, lo contrario supondría una vulneración del derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva. Pues el legislador reconocería para una de las partes, el asegurado, el art. 24 como derecho subjetivo, mientras que a la otra, la entidad aseguradora, dicho precepto consistiría en un “*deber de obligado cumplimiento*”.

Sin embargo, Narváez argumenta que los contratos de seguros de defensa jurídica encuadran en el marco de contratos de adhesión, que por su propia naturaleza parten de un desequilibrio inicial en las posiciones de las partes. Por ello considera que “*el legislador está facultado para arbitrar aquellas medidas, en forma de reconocimiento de determinados derechos a la parte asegurada, que modulen y limiten la posición inicial de ventaja que encarna la entidad aseguradora*”<sup>77</sup>. De este modo, tanto para Narváez como para el resto de magistrados disidentes del fallo final, el arbitraje obligatorio está justificado por la necesaria compensación de la posición más ventajosa de la entidad aseguradora al inicio del contrato.

En definitiva, existe unanimidad en cuanto a la doctrina general del TC sobre el arbitraje imperativo, aunque de los votos particulares de la sentencia núm. 1/2018, de 11 de enero, se deduce que hay discrepancias en cuanto a la constitucionalidad de dicha institución en los contratos de adhesión.

## 2.2 Problemas de la remisión genérica al Derecho estatal

La elección de las partes de la ley aplicable como remisión genérica al Derecho estatal puede ocasionar una serie de problemas como: la elección de un Derecho nacional en su conjunto de un sistema plurilegislativo, el reenvío, el *dépeçage* del contrato, cláusulas de elección de la ley aplicable “*flotantes*” o la imposibilidad material de aplicar el Derecho elegido.

---

<sup>76</sup> STC núm. 1/2018, de 11 de enero, VP 2.2.

<sup>77</sup> *Id.*

Las fuentes del arbitraje internacional pueden clasificarse en Derecho estatal y Derecho no estatal, pudiendo las partes elegir entre los distintos cuerpos normativos que las componen. La relación entre ambas no es necesariamente excluyente, es más, no es extraño que el Derecho estatal elegido por las partes remita la solución de la controversia a un texto internacional del que el Estado sea parte. Por ejemplo, al Reglamento Roma I o II cuando los aspectos espaciales y materiales sean compatibles, y también podrán complementarse con los usos y principios comerciales. De esta forma, como indica el profesor Sánchez Lorenzo<sup>78</sup>, es razonable entender que una remisión genérica al Derecho estatal no supone una exclusión de cuerpos normativos del Derecho no estatal, y que por ello dicha exclusión solo cabe en el supuesto en que las partes así lo expresen – *opting out* –, aunque existan discrepancias entre la jurisprudencia arbitral y judicial al respecto.

Respecto de los problemas comentados, la remisión genérica a un Derecho estatal de un sistema jurídico plurilegislativo puede dar lugar a que el árbitro se encuentre con la problemática de elegir qué ley es la aplicable. Dicha problemática entraña una serie de complejidades distintas en función de la estructura de dicho sistema, pues las soluciones previstas por un Estado federal no son las mismas que las de un Estado interregional.

En el caso de España, su organización en Comunidades Autónomas con competencias legislativas propias, le configuran como un Estado interregional que cuenta con diversos Derechos – Derechos forales y Derecho común – que conforman el Derecho español. En el otro extremo, se encontraría el modelo de Estados Unidos en el que la integración estatal es mucho menor. Esta diferencia basada en el modelo de integración estatal entre Estados, es relevante a los efectos de las soluciones previstas por Estados de uno u otro modelo en los supuestos de conflicto de leyes. De acuerdo con el profesor Arenas García: “*se podría establecer la regla de que cuanto mayor es la integración, más se aleja la resolución de los conflictos internos de los planteamientos característicos del DIPr. y más se aproxima a los métodos de articulación de las diferentes fuentes legales en el seno de un ordenamiento unificado*”<sup>79</sup>.

El ordenamiento español prevé en el art. 12.5 CC una solución conflictual para estos casos, pues establece que será la legislación del Estado plurilegislativo la que

---

<sup>78</sup> Cfr. Sánchez Lorenzo, S., *op.cit.*, p. 48.

<sup>79</sup> Arenas García, R., *El Derecho internacional privado (Dipr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2007, p. 53.

determinará de entre los distintos sistemas legislativos la ley aplicable. Lo que a nuestro parecer resulta una norma un tanto incompleta ya que nada dice respecto de aquellos casos en los que la ley interna a la que se remite no previera solución alguna. De esta forma, compartimos la opinión del profesor Fernández Rozas, quién afirma que esta disposición, junto con el apartado 4, consisten en “*formulaciones de un carácter bastante incompleto*” y además añade “[...] *este precepto plantea serios problemas de aplicación en el caso de que el sistema plurilegislativo reclamado carezca de normas expresas para resolver los conflictos interlocales o interpersonales internos*”<sup>80</sup>.

En contraposición a lo anterior, el Derecho Internacional Privado prevé tres posibles soluciones a este problema de remisión: “*la utilización de las normas sobre resolución de conflictos del Estado designado por la norma de conflicto, la aplicación de la norma de conflicto para identificar en el Estado plurilegislativo el sistema legislativo competente y la doctrina intermedia, que distingue entre los diferentes tipos de conexión para aplicar una u otra de las soluciones anteriores*”<sup>81</sup>.

De entre estas soluciones, la segunda es la comúnmente recogida en las normas convencionales y aunque contravenga el art. 12.5 CC también es la utilizada en la práctica jurisprudencial española, que entiende “*con frecuencia, que la norma de conflicto del DIPr. español es susceptible de identificar directamente el ordenamiento competente dentro del sistema plurilegislativo*”<sup>82</sup>.

En cuanto a la problemática del reenvío, esta surge cuando de la aplicación de una norma conflictual de un Estado, la consecuencia jurídica es la aplicación de otro ordenamiento extranjero cuya norma de conflicto remite a su vez a otra legislación diferente. En función del ordenamiento objeto de los reenvíos se distingue entre reenvíos de primer grado, aquellos en los que la segunda remisión se refiere a la legislación del foro – de ahí que también se les denomine reenvíos de retorno –, los de segundo grado, en los que intervienen tres ordenamientos diferentes o más, en función de las normas de Derecho Internacional Privado del nuevo país designado por la norma de conflicto.

---

<sup>80</sup> Fernández Rozas, J.C., “El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil (“Normas de Derecho internacional privado”): Veinticinco años después”, *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, p. 23.

<sup>81</sup> Cfr. Andrés Sáenz de Santa María, M.P., “El artículo 12. 5º del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *R.G.L.J.*, 1978, pp 59-75, p. 61, citado en Arenas García R., *op.cit.*, p. 57.

<sup>82</sup> Arenas García, R., *op.cit.*, p. 58.

El art. 12.2 CC establece que el reenvío realizado por una norma del ordenamiento español “*se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*”, lo que significa que nuestro ordenamiento prohíbe el reenvío salvo el del primer grado, suponiendo esto un reflejo de la tendencia nacionalista del legislador español acerca de las normas de Derecho Internacional Privado.

Si bien es cierto que el Código Civil prevé las soluciones relativas a los problemas comentados en este epígrafe – remisión genérica al Derecho estatal de un sistema plurilegislativo y el reenvío –, la realidad es que dichas soluciones han sido sustituidas mayoritariamente en la práctica por las previstas en los convenios internacionales que España ha ratificado. Solo en defecto de aplicación de norma institucional o convencional resultará de aplicación el régimen doméstico previsto en los artículos 8 a 12 del CC.

Consecuentemente se ha producido un enriquecimiento del ordenamiento español, pues “*la mayoría de los textos que prestan atención preferente a los conflictos de leyes no se limitan exclusivamente a establecer normas de conflicto, sino que contienen asimismo un tratamiento de sus problemas de aplicación y lo hacen en términos mucho más flexibles*”<sup>83</sup> frente a la criticada rigidez del art. 12 CC.

En cuanto al *dépeçage* en la designación de la ley aplicable al fondo del contrato, este se encuentra definido por la Real Academia Española (RAE) como “*la posibilidad de que gozan las partes de un contrato, así como jueces y árbitros, de someter aspectos económicamente independientes de un contrato internacional a leyes distintas*”. Esta posibilidad de configuración puede ocasionar incoherencias, inseguridad y problemas de adaptación, que no son aconsejables en el arbitraje internacional.

Tampoco son recomendables las cláusulas de elección de la ley aplicable “*flotantes*”, por las que la *lex causae* dependa de la sede arbitral, o del lugar de la admisión de la demanda – saving clauses –.

Por último, cabe la posibilidad de que exista la imposibilidad para aplicar el Derecho elegido por las partes, porque el árbitro considere que la misma “*es insuficiente, pobre, o inapropiada para dar respuesta a las complejas cuestiones*”<sup>84</sup> de la controversia.

---

<sup>83</sup> Fernández Rozas, J.C., 2001, *op.cit.*, p.58.

<sup>84</sup> Sánchez Lorenzo, S., 2009, *op.cit.*, p. 49.

Esta práctica ha sido motivo de debate entre la doctrina, pues implica una desviación de lo establecido por las partes, y por tanto de una restricción al principio de autonomía de la voluntad.

### 2.3 Elección genérica de la *lex mercatoria*

El Derecho no estatal tiene un carácter residual en tanto en cuanto se encuentra constituido por los cuerpos normativos que no se incluyen en el Derecho estatal, además, de los usos y principios internacionales. El estudio de la *lex mercatoria* se centra en el comercio internacional como fuente de Derecho no estatal, ya que se refiere a las prácticas consolidadas en las relaciones mercantiles de ámbito internacional.

La elección de la *lex mercatoria* como Derecho aplicable entraña una serie de problemas en el arbitraje comercial internacional, que se derivan de la disputa doctrinal en cuanto a su concepción.

Por un lado, existe una concepción amplia de *lex mercatoria* en la que se engloba “cualquier reglamentación o normativa del comercio internacional de origen no estatal como los principios *Unidroit* e incluyen indistintamente convenios internacionales con independencia de su vigencia, leyes modelo, principios generales del Derecho, normas del Derecho internacional general, reglas de organizaciones internacionales, colecciones de ‘jurisprudencia’ arbitral, contratos tipo y usos comerciales”<sup>85</sup>. En este sentido, como *lex mercatoria* pueden considerarse prácticas comerciales no habituales en el tráfico mercantil.

En el otro extremo, se encuentra una definición de *lex mercatoria* mucho más limitada, que reduce la misma a los usos o prácticas del comercio internacional, siendo los operadores, por medio de sus relaciones contractuales y las reglas propuestas por la CCI, la fuente de la *lex mercatoria*<sup>86</sup>.

Atender a una u otra concepción tiene implicaciones en la labor del árbitro de elegir la ley aplicable. Pues en una concepción amplia de la *lex mercatoria* el contrato podrá ser interpretado a la luz del texto, principios o práctica internacional que el árbitro considere más adecuada, poniendo en riesgo el principio de seguridad jurídica y de

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>86</sup> *Id.*

autonomía de voluntad propio del arbitraje. Si en cambio, esta ley mercantil se entiende en su concepción minimalista, esto es, como la realidad del comercio internacional, servirá como orientación al árbitro en la aplicación del ordenamiento jurídico más adecuado o en su defecto de la práctica comercial correspondiente.

Expertos como el profesor Sánchez Lorenzo advierten de los peligros que la concepción amplia de *lex mercatoria* entraña, por lo que “aconseja una ponderación particularizada de que reglas dentro de dichos sistemas responden en realidad a prácticas o proposiciones generalmente aceptadas en el comercio internacional”<sup>87</sup>. Aunque esto no quiere decir que, en casos que podríamos denominar como de “*fuerza mayor*” como sería la falta de elección de las partes de un Derecho estatal o la ausencia de prácticas comerciales consolidadas cuando las partes hayan decidido someterse genéricamente a la *lex mercatoria*, el árbitro acuda a los Principios Unidroit<sup>88</sup>.

### 3. DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN POR LAS PARTES

Se podría decir que el principio de autonomía tiene una doble cara, una positiva que tendrá lugar cuando las partes determinen el Derecho aplicable, y otra negativa cuando las partes no ejerzan su derecho a elegir las normas a las que se someten. Y, es esta última la que se estudia en el presente apartado.

En el contexto en que las partes no eligen el Derecho sustantivo de sus posibles y futuros arbitrajes, en realidad lo que están haciendo es delegar dicha elección al árbitro o árbitros correspondientes. A diferencia de los jueces, estos carecen de un ordenamiento jurídico al que han de someterse, esto es, los árbitros no tienen un foro concreto, lo que amplía su margen de maniobra en la elección del Derecho aplicable. Pero esto les obliga a realizar una ardua tarea de investigación del Derecho más adecuado y de justificación de su elección, tanto en un arbitraje de derecho como de equidad.

La solución al problema de *qué ley* ha de aplicar el árbitro en estos supuestos, puede ser de dos tipos: conflictual o directa. En cuanto a la primera, se faculta al árbitro a aplicar las normas de conflicto que considere más apropiadas. Sin embargo, esta solución plantea otra cuestión: cómo se determina el carácter de norma de conflicto más

---

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> *Cfr. Id.*

apropiada. El profesor Sánchez Lorenzo expuso en una de sus conferencias<sup>89</sup>, que se podría definir por un modelo cumulativo. Este consiste en un mecanismo por el que el Derecho aplicable es el determinado por las normas de conflicto de ambas partes. Otro modo es mediante el principio de proximidad que se basa en establecer la ley que presenta los vínculos más estrechos, no pudiendo optar por una ley no vinculada al contrato<sup>90</sup>. De esta forma, compartimos la opinión del catedrático Sánchez Lorenzo, cuando considera que el árbitro en estos casos está obligado a aplicar una ley nacional, pues los Convenios y principios generales carecen de proximidad.

Por su parte, la solución directa o método material habilita al árbitro para aplicar las normas materiales – o lo que es lo mismo aplicables - que estime apropiadas. Como se puede ver, este método es más directo – como su propio nombre indica - y flexible que el anterior, pues permite al árbitro aplicar cualquier Derecho, tanto estatal como no estatal. En este último caso, la ventaja que presenta el método material frente al conflictual es que evita el posible conflicto entre los pactos y el Derecho aplicable – derivado del debate sobre la función restrictiva de la *lex causae* -, y con ello la argumentación del árbitro respecto de la preminencia de los pactos sobre la ley estatal en el laudo arbitral<sup>91</sup>.

Si en sus inicios el Derecho Internacional Privado apostaba por un modelo conflictual, hoy en día aboga por un método material de determinación de Derecho aplicable en defecto de elección por las partes. Así se observa en el desarrollo legislativo que ha experimentado esta cuestión en el Convenio de Ginebra de 1961, la Ley Modelo UNCITRAL y la Ley 60/2003.

En el Convenio ginebrino el art. VII establece un modelo conflictual, al igual que la Ley Modelo UNCITRAL en su art. 28, cuyo común denominador es la remisión a las reglas de conflicto. Sin embargo, la Ley Modelo UNCITRAL limita en mayor medida la facultad del árbitro pues establece que aplicará las normas conflictuales que contemple la “*ley que considere más apropiada*”, imponiendo al árbitro la elección de la ley nacional

---

<sup>89</sup> Sánchez Lorenzo, S., *Conferencia “La ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”*, 2019.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

más adecuada y no las normas de conflicto más adecuadas. Por lo que podríamos decir que nos encontramos realmente ante un modelo directo.

Esto mismo pudo pensar el legislador español, pues a pesar de que la Ley 60/2003 está inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL este expresa en la Exposición de Motivos que la ley no establece un sistema conflictual. Además, la sujeción al árbitro al modelo material se desprende claramente del artículo 34, que nada dice de las reglas de conflicto.

La aplicación del Derecho no estatal por parte del árbitro presenta problemas como consecuencia de la falta de unanimidad doctrinal respecto del concepto de *lex mercatoria* y el abuso de los principios generales del Derecho. Estos han generado una serie prácticas arbitrales muy criticadas. Pues, en cuanto al primero, este ha supuesto que muchos árbitros hayan acudido a la *lex mercatoria*, en su concepción amplia, como vía fácil para argumentar su elección del Derecho aplicable. Dando lugar en muchas ocasiones, a la despreocupación por parte del árbitro de los intereses de los operadores, que son a los que sirve el arbitraje.

Para muchos autores, el escudo de los árbitros con la aplicación de la *lex mercatoria* ha supuesto la creación de una “*jurisprudencia arbitral*”, pues como reconoce Lando, “*el árbitro al aplicar la lex mercatoria en realidad ‘inventa’ o ‘construye’ una solución*”<sup>92</sup>. Lo anterior implica que en el mundo arbitral se haya concebido la *lex mercatoria* como el Derecho escrito del arbitraje comercial internacional, convirtiéndolo en un “*Derecho pretoriano o profesional*”<sup>93</sup>.

Por su parte, los principios generales del Derecho han sido, en ocasiones, utilizados por los árbitros como instrumento para justificar la elección de una norma de Derecho frente a otra. De acuerdo con el catedrático Sánchez Lorenzo<sup>94</sup>, esta práctica arbitral ha sido frecuente en los casos en los que las partes habían acordado un Derecho no occidental, no conocido por las partes y por tanto difícil de aplicar, o en defecto de elección resultaba el Derecho más adecuado. Con el objetivo de eludir su aplicación, los árbitros han acudido a una noción extensiva de los principios, por la que la argumentación jurídica del Derecho elegido se fundamentaba en uno o varios principios generales del

---

<sup>92</sup> *Apud* Sánchez Lorenzo, 2009, *op.cit.*, p. 61.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>94</sup> *Id.*

Derecho, y no en su adecuación al caso. En esta última, los principios generales de Derecho inspiran y complementan la justificación de la aplicación del Derecho aplicable, adecuado y previsible por las partes, pero no son la razón última de su aplicación.

En resumen, en los supuestos de defecto de elección del Derecho aplicable por las partes, el árbitro ha de ser muy cauteloso a la hora de considerar el Derecho aplicable, eligiendo siempre aquel que se adecúe más al caso tanto si es estatal como no estatal, pues una negligencia al respecto es causa de anulación del laudo arbitral.

#### 4. LÍMITE DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Si bien es cierto que es en la autonomía de la voluntad de las partes donde reside la esencia del arbitraje internacional, esta no es ilimitada. Como se ha comentado los pactos contraídos por las partes prevalecen sobre la ley estatal de carácter dispositivo, en caso de que se contradigan. Sin embargo, cuando estas contradicciones se deban a disposiciones imperativas, también llamadas de orden público o leyes de policía, se excepciona el respeto a la voluntad de las partes propio del arbitraje.

Consideramos lógico pensar que la razón de ser de este límite al principio de autonomía reside en que el motivo de sumisión a arbitraje es la protección de los intereses individuales de las partes. Sin embargo, esta relación contractual u extracontractual no necesariamente tiene efectos exclusivos sobre las mismas, sino que también puede provocar efectos externos en su entorno.

Sin embargo, el sometimiento por las partes de sus disputas a arbitraje, no puede suponer que sus intereses prevalezcan sobre el orden público de un país. De tal modo que, si para operar en un mercado nacional se requiere de una licencia determinada, el hecho de que la relación contractual - en su caso - se regule por un ordenamiento distinto no puede colocar a la parte arbitrada en una situación de ventaja respecto a los demás operadores en el mercado, y por ello resultan necesarias estas normas policía. En este punto, el catedrático Fernández Rozas afirma que nos encontramos ante el concepto de “*externalidad*”, y “*cuando la actividad privada afecta al entorno, entonces el*

*ordenamiento reacciona activando normas imperativas que no pueden ser alteradas ni por la acción de la norma de conflicto, ni por voluntad de las partes*<sup>95</sup>.

De esta forma, vemos como los Estados ejercen su soberanía a través de estas normas de *ius cogens*, por las que intentan proteger intereses colectivos que consideran de real importancia dentro de sus fronteras. Estas operan como límites tanto en la aplicación del Derecho estatal como no estatal por el árbitro, a modo de ejemplo del último caso encontramos el art. 1.4<sup>96</sup> de los Principios Unidroit.

En concreto, esta manifestación de la soberanía de los Estados se aprecia en el campo del Derecho de la competencia, en el que estos por medio de disposiciones imperativas aseguran el respeto y la “*defensa de una competencia efectiva*” en sus fronteras<sup>97</sup>. Por ello, en los contratos de competencia el árbitro deberá atender al Derecho que determinen las partes en los aspectos en los que puedan disponer, no siendo así en aquellos a los que se refieran las normas imperativas de la defensa de la competencia. Como indica el tribunal en el caso de *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, en el que se litiga sobre un contrato de distribución en exclusiva<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Fernández Rozas, J.C., 2010, *op.cit.*, p. 397.

<sup>96</sup> Artículo 1.4 de los Principios Unidroit. “*Ninguno de estos Principios tendrá por efecto restringir la aplicación de normas imperativas, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado*”.

<sup>97</sup> Cfr. Fernández Rozas, J.C., 2010, *loc. cit.*

<sup>98</sup> *Apud ibid.*

## CAPÍTULO IV. LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

### 1. DETERMINACIÓN DE LA LEX FORI APLICABLE

En este apartado estudiaremos la normativa que debe regir procesalmente a los árbitros para realizar su labor. Es por ello que hemos de atender a las normas procesales aplicables en cada caso.

Como principio esencial del arbitraje, la autonomía de la voluntad no podía faltar como primer instrumento para determinar la *lex fori* aplicable al caso. Es por ello, que la regla general en el Derecho Internacional Privado es que la *lex fori* sea aquella que determinen las partes, pudiendo establecer una la ley nacional o cualquier otra regla procesal, incluso pueden construir sus propias normas sobre las que se desarrollará el arbitraje internacional. En defecto de elección, corresponde al árbitro determinar la *lex fori* oportuna. Para ello el criterio de elección más empleado ha sido el de la sede arbitral, en algunos casos por voluntad del árbitro y en otros porque el ordenamiento interno del país de la sede así lo exige. Esto último suele ocurrir en países más tradicionales, con una postura reacia a la práctica arbitral, por la que atribuyen a las leyes de procedimiento el carácter de orden público<sup>99</sup>.

En cualquier caso, la regulación arbitral internacional ha presentado soluciones similares al respecto. La Ley Modelo UNCITRAL establece en su artículo 19<sup>100</sup> que las partes son libres de elegir las reglas por las que se establecerá el procedimiento que deberá seguir el tribunal arbitral, y que en defecto de elección, será este quién elegirá libremente dichas reglas. Al ser este instrumento internacional el referente de la Ley 60/2003, no es extraño ver como el art. 25 sobre la “*Determinación del procedimiento*” establece exactamente lo mismo, primando la libertad de las partes en todo momento. Esta preferencia se refleja en la articulación del Título V que tiene carácter dispositivo, como se denota de la expresión “*salvo que las partes hayan convenido otra cosa*” y similares. Esto mismo puede entenderse de la jurisprudencia española, pues, por ejemplo, el TSJ de

---

<sup>99</sup> Cfr. Arbeláez, A.Z., *op.cit.*, p. 98.

<sup>100</sup> Artículo 19 de la Ley Modelo de la ONU. “1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

Madrid explica en su sentencia núm. 27/2019, de 19 de julio, que “*en el procedimiento arbitral la práctica totalidad de las cuestiones son determinadas por la voluntad de las partes: número e identidad de los árbitros y procedimiento para su designación, art. 12 y 15.2, [...] procedimiento a seguir en el arbitraje, arts. 25, 30, 31, 35.2 y 37*”<sup>101</sup>. Además, enfatiza el carácter dispositivo del Título V de la Ley 60/2003 - artículos 24 y siguientes -, en el “*La ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es*”.

De esta forma, los límites que la Ley 60/2003 establece al conjunto del articulado del Título V – entre ellos el art. 25 – son las causas de denegación recogidas en el art. 41. Así el TSJ de La Rioja expresó en su sentencia núm. 2/2016, de 14 de octubre, que “*la limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales [...]*”<sup>102</sup> entre otras cosas.

Sin embargo, otras regulaciones arbitrales no son tan flexibles en esta cuestión. Este es el caso de la Convención de Nueva York de 1958 que aborda este asunto de forma indirecta, pues en las causas de denegación de reconocimiento y ejecución del art. V.d) establece que, en defecto de elección de *lex fori* por las partes, “*la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral*” ha de ajustarse “*a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*”. Por lo que no deja margen de maniobra al árbitro para determinar la *lex fori* que considere más adecuada.

Por su parte, los reglamentos institucionales sobre arbitraje internacional suelen establecer que en primer término se apliquen las reglas procesales del reglamento de la institución arbitral. En aquello que estas no lleguen a cubrir se aplicarán las reglas escogidas por las partes, y en su defecto, serán los árbitros quienes las elijan, este es el caso del Reglamento de la CCI – art.11<sup>103</sup>-. La razón por la que establecen que en primer

---

<sup>101</sup> STSJ de Madrid núm. 27/2019, de 19 de julio, FJ 6.

<sup>102</sup> STSJ de La Rioja núm. 2/2016, de 14 de octubre, FJ 3.

<sup>103</sup> Artículo 11 del Reglamento de la CCI. “*El árbitro, por el hecho de aceptar su designación, se compromete a desempeñar su misión hasta su término de conformidad con el Reglamento*”.

lugar se aplicará el Reglamento y no las leyes establecidas por las partes, es, en palabras de Arbeláez, que esta preferencia “*entraña el ejercicio de la ley de autonomía, en la medida en que las partes han resuelto regirse por ese reglamento*”<sup>104</sup>.

A pesar de las pequeñas diferencias entre los distintos mecanismos provistos en las reglas de Derecho Internacional Privado comentadas, la tendencia de todas ellas es ofrecer una solución material, esto es directa, de las reglas aplicables al proceso arbitral. De esta forma, se distancia la determinación de la *lex fori* de la necesidad de acudir a normas conflictuales.

## 2. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES PARA LA ELECCIÓN DE LA LEX FORI

La elección de la sede arbitral por las partes tiene implicaciones en el desarrollo del arbitraje, pues como se ha comentado existen ordenamientos internos que exigen que determinados aspectos del proceso se rijan por sus reglas procesales. Este es el caso de Inglaterra, donde todo arbitraje que tenga lugar dentro de sus fronteras se someterá a su ley arbitral. Sin embargo, esta aparente limitación de determinación de la *lex fori* en realidad no lo es tanto, pues la legislación inglesa es muy permisiva ya que permite a las partes elegir el procedimiento a seguir, el idioma del arbitraje y el tribunal, siendo muy pocas las disposiciones restrictivas al respecto.

Esto se debe a la posición favorable de Inglaterra, al igual que otros Estados como Francia, Estados Unidos y Singapur, respecto del arbitraje internacional, por la que pretende atraer conflictos sometidos a arbitraje a sus centros internacionales de arbitraje.

Al contrario que esos países, aquellos que son menos favorables con el arbitraje internacional cuentan con una legislación más restrictiva, que en ocasiones supone exigir determinados requisitos a los árbitros para que puedan ejercer como tal. Además, los tribunales de justicia tienden a ser más intervencionistas en aquellos conflictos que sean de su jurisdicción, ejerciendo un mayor control sobre el procedimiento arbitral de los mismos<sup>105</sup>.

La importancia de que los árbitros aprecien la legislación arbitral de la sede a la hora de determinar la *lex fori* reside en la eficacia del laudo arbitral. Pues si el árbitro no

---

<sup>104</sup> *Op.cit.*, p.100.

<sup>105</sup> *Cfr. Latham & Watkins, op.cit.*, p. 23.

aprecia las disposiciones imperativas de la legislación de la sede, corre el riesgo de que el laudo emitido sea recurrido ante la instancia judicial pertinente del país de la sede, en el caso de que exista esta posibilidad. Es por ello, que el árbitro deberá observar el criterio de la sede arbitral para determinar la *lex fori* tanto en los casos de defecto de elección de la misma por las partes como cuando estas ejerzan su derecho de elección.

Sin embargo, este criterio no puede ser el único que observe el árbitro para elegir la ley del procedimiento, pues es frecuente que las partes hayan elegido una determinada sede arbitral por razones fortuitas, por el prestigio de la misma, o cualquier otra razón ajena a la controversia<sup>106</sup>. Por lo que resulta necesario que el árbitro tenga en cuenta otros criterios, unos por los que las leyes procesales elegidas permitan el desarrollo más adecuado para la resolución del caso y favorable a las partes.

En los casos de un arbitraje institucional vemos como la *lex fori* serán las normas procesales del reglamento de la institución, y en todo aquello que estas no regulen se aplicarán las leyes procesales determinadas por las partes, y subsidiariamente las que considere oportunas el árbitro. En este tipo de arbitraje, las partes al elegir una u otra institución eligen el tipo de procedimiento arbitral, cuya decisión vendrá determinada por los costes y el grado de administración según el despacho Latham & Watkins. Pues, por ejemplo, el reglamento de la CCI prevé un procedimiento administrado más activamente y que cuenta con dos etapas más – la preparación de un Acta de Misión y el examen de los borradores de laudos arbitrales por la Corte de la CCI - que el reglamento de la LCIA y la ICDR<sup>107</sup>.

Por otro lado, en los supuestos de un arbitraje *ad hoc* existen otras fórmulas procedimentales que podríamos clasificar en dos grupos. Uno que se refiera a una ley nacional como *lex fori*, y otro a un instrumento internacional como el Reglamento UNCITRAL. En cuanto al primero, la mayoría de los ordenamientos jurídicos no presentan normas imperativas de carácter procesal, otorgando flexibilidad a las partes y en su caso al árbitro para elegir las reglas procesales.

Como referencia del segundo grupo, el Reglamento UNCITRAL de uso frecuente en las operaciones comerciales internacionales, otorga también preferencia a la voluntad

---

<sup>106</sup> Cfr. Arbeláez, A.Z., *op.cit.*, p. 99.

<sup>107</sup> Cfr. Latham & Watkins, *op.cit.*, p. 16.

de las partes al permitir que las mismas establezcan de común acuerdo una “*autoridad de nominación*” encargada de nombrar al árbitro u árbitros para el caso de que el sistema de nombramiento establecido por estas no funcione o no lo hayan establecido. Es habitual que esta autoridad de nominación sea una institución arbitral que funcionará respetando las reglas del Reglamento UNCITRAL. En el supuesto en el que las partes no hayan establecido una autoridad de nominación, esta será designada por el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, de acuerdo con el Reglamento UNCITRAL<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Cfr. Latham & Watkins, *op.cit.*, p. 17.

## CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

El arbitraje internacional es una institución con una larga trayectoria, en la que cuenta como principal antecedente moderno los acuerdos alcanzados con el *Tratado de Jay* de 1794. Sin embargo, esta institución ha evolucionado paralelamente al desarrollo del comercio internacional. A pesar de que en el s. XIX se creó la Corte Permanente de Arbitraje así como una de las sedes arbitrales más importante del mundo, la LCIA. Fue en el s. XX cuando el arbitraje realmente empezó a considerarse un método de resolución de conflictos útil y eficaz. Por un lado, se crearon instrumentos internacionales de arbitraje de referencia como el Convenio de Nueva York de 1958 y la Convención de Ginebra de 1961. Y por otro, cada vez más Estados comenzaron a confiar en esta institución. De este modo, el ideal de que toda controversia internacional pudiese someterse a arbitraje en cualquier Estado empezó a ser más real, y así hasta nuestros días.

En España la Ley 60/2003 refleja el interés de nuestro Estado por facilitar el arbitraje internacional dentro de sus fronteras, como resultado del desarrollo del comercio internacional. Este exige métodos de resolución de conflictos que se adecuen, en mayor medida que el Poder judicial, al carácter dinámico del tráfico mercantil global. Es por ello, que el legislador español se ha inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL para regular el arbitraje tanto en su dimensión nacional como transfronteriza.

En nuestra opinión, el desarrollo de una legislación específica de arbitraje, así como el hecho de limitar la intervención judicial en el proceso arbitral, supone una clara diferenciación por parte del legislador de esta institución con la jurisdicción ordinaria. A pesar de las discrepancias relativas al concepto de arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*” entre la jurisprudencia española, no hay duda de que el arbitraje, a diferencia de la jurisdicción, es una institución cuya esencia reside en el principio de autonomía de las partes.

De este principio emana el inicio, forma y contenido del arbitraje, con el único límite de las normas imperativas de las leyes nacionales correspondientes. Pues solo si las partes acuerdan someterse a arbitraje este tendrá lugar, y en su desarrollo el árbitro respetará en todo momento la voluntad de las partes. Ya que estas pueden determinar el Derecho aplicable en cada una de las etapas del arbitraje: convenio arbitral, controversia y procedimiento. En defecto de elección por las partes del Derecho aplicable, será el

árbitro el que deberá elegir el Derecho más apropiado, que según sea el arbitraje de derecho o de equidad tendrá un mayor o menor margen de maniobra. Es en el primero donde el árbitro deberá someter a debate entre las partes el Derecho que considere oportuno, sin embargo, en el arbitraje de equidad las partes delegan al árbitro por completo la labor de determinar el Derecho aplicable.

Aunque la Ley 60/2003 regule de forma unitaria el arbitraje, en su art. 3 establece los *criterios de internacionalidad* por los que un arbitraje es internacional en España. Estos, a diferencia de otros Estados, son objetivos y flexibles, lo que evidencia la intención del legislador español de incentivar el arbitraje en España y convertirlo en un Estado de referencia en el arbitraje internacional.

En cuanto al tratamiento de los laudos nacionales y extranjeros, tanto la Ley 60/2003 como la jurisprudencia española abogan por la equiparación de ambos tipos de laudos, como resultado de la remisión de dicha ley a las disposiciones de reconocimiento y ejecución del Convenio de Nueva York.

Otro de los hechos que refleja la comentada evolución del arbitraje es la unificación del concepto de convenio arbitral, que en sus inicios se escindía en la *cláusula compromisoria* y el *compromiso arbitral*. Ambas figuras presentaban una relación de subordinación, ya que por la *cláusula compromisoria* las partes se obligaban a celebrar un futuro pacto de sumisión a arbitraje cuando el conflicto hubiese surgido. Sin embargo, podría ocurrir que a pesar de la existencia de dicha cláusula no se llegase a celebrar el *compromiso arbitral* y por ende el arbitraje.

Es por ello, que la figura de convenio arbitral que conocemos hoy en día, que es la recogida por el Convenio de Nueva York de 1958, la Convención Europea de Ginebra de 1961, la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 y la Ley 60/2003, garantizan una mayor seguridad jurídica a los operadores que confían en la institución arbitral para solucionar los conflictos que entre ellos puedan surgir.

Si bien los instrumentos internacionales de arbitraje comentados mantienen el mismo concepto de convenio arbitral, sí que presentan pequeñas diferencias en cuanto a su forma expresa o tácita. Esto incide de forma significativa en la validez del convenio, y ha dado lugar a un amplio debate doctrinal que, al menos en España, ha finalizado por adoptar una postura antiformalista del convenio arbitral. Esto se debe a que la Ley

60/2003, inspirada por la Ley Modelo UNCITRAL, rompe con las exigencias formales de “*acuerdo escrito*” recogidas en el Convenio de Nueva York y en la Convención de Ginebra, introduciendo, para determinados casos, la posibilidad de que dicho acuerdo consista en comunicaciones orales. En esta misma línea antiformalista, el TS manifestó que lo importante era que del acuerdo de arbitraje se pudiese desprender claramente la “*voluntad inequívoca*” de sumisión a arbitraje de las partes.

Sin embargo, como excepción de lo anterior encontramos el “*arbitraje imperativo*” en los contratos de adhesión, aceptado por la doctrina del TC. Esta ha sido mayoritariamente aceptada, pero, actualmente, se debate sobre la argumentación de dicha constitucionalidad.

También se ha debatido sobre la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato en el que se encuentra. Aunque el Derecho Internacional Privado ha reconocido la independencia contractual del convenio, la Ley 60/2003 ha limitado dicha independencia en los casos de contratos de adhesión respecto a la ley aplicable para determinar la validez del convenio. Esta limitación ha sido ratificada por la jurisprudencia española que establece que la ley aplicable al convenio arbitral será la misma que la ley que regula el contrato de adhesión.

Como hemos reflejado en este trabajo, los debates sobre la validez del convenio no solo se han centrado en su contenido, sino también sobre en *qué modo* y *quién* está facultado para determinar la validez del convenio arbitral. En este punto, el principio *kompetenz-kompetenz* ha dado lugar a una “*tesis fuerte*”, que consiste en un análisis superficial de la existencia del convenio arbitral, y una “*tesis débil*” que aboga por “*un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral*”. Finalmente, nuestra jurisprudencia se ha decantado por esta última tesis.

Respecto a la *lex causae*, la Ley 60/2003 y los principales instrumentos de arbitraje internacionales establecen que tanto en los casos de elección de las partes como en los de defecto de elección, la ley aplicable podrá ser: una ley nacional, una regulación de Derecho Internacional Privado, un reglamento de un organismo internacional, o usos y principios de Derecho internacional.

La aplicación del Derecho sobre el fondo de la controversia en el seno de un proceso arbitral entraña una serie de problemas derivados, principalmente, de las

complejidades intrínsecas de las legislaciones de Derecho Internacional Privado y de la autonomía de las partes para determinar el Derecho aplicable. Entre estos encontramos: la remisión al Derecho de sistemas plurilegislativos, el reenvío, el *dépeçage* del contrato y las cláusulas “*flotantes*”.

Por último, la *lex fori* aplicable será aquella que determinen las partes, si nada han establecido al respecto o resulta insuficiente, se atenderá a lo que considere oportuno el árbitro. Lo anterior se aplica tanto a los arbitrajes *ad hoc* como institucionales, pues aunque en estos últimos se aplique en primer término el reglamento de la institución, se entiende que es la voluntad de las partes la que, en todo caso, determina su aplicación. En cualquier caso, el árbitro deberá tener en cuenta las normas de policía de ámbito procesal del país de la sede y de aquel donde se desee ejecutar, para garantizar la eficacia del laudo.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Regulaciones

Convención de Nueva York de 1958, 10 de junio de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras ( ONU, 7 de junio de 1959).

Convención Europea, 21 de abril de 1961, sobre Arbitraje Comercial Internacional (fecha del depósito por cada Estado).E

Convenio de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 14 de octubre de 1966).

Convenio de la Conferencia de la Haya de 1889, 1 de agosto de 1989, sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte (fecha del depósito por cada Estado).

Convenio de Roma de 1980, 19 de junio de 1910, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (fecha del depósito por cada Estado).

Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre arbitraje de Derecho privado ( BOE num. 358, 24 de diciembre de 1953).

Ley 40/72, 11 de diciembre de 1985, de Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo Uncitral) (ONU, 1985).

Ley 60/2003, 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

Ley 61/33, 4 de diciembre de 2006, de Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo Uncitral) (ONU, 2006).

Reglamento (CE) No. 593/2008, 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Reglamento, septiembre 2011, de Arbitraje y de ADR (CCI, 1 de enero de 2012).

Reglamento (UE) 1215/2012, 2012 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (BOE, 12 de diciembre de 2012).

Reglamento, 2014, de Procedimientos internacionales de resolución de disputas (ICDR, 1 de junio de 2014) .

Reglamento, 2014, de Arbitraje (LCIA, 1 de octubre de 2014).

Tratado Jay (1794).

## **2. Casos**

*Quijano Agüero y otros c. Marcel Laporte* (1972).

## **3. Obras doctrinales**

Arbeláez, A. Z., "Ley aplicable al fondo del litigio y al procedimiento en el arbitramento internacional". *Revista de Derecho Privado* (4), 1999, pp.88-101.

Arenas García, R., *El Derecho internacional privado (Dipr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2007. Recuperado el 18 de junio de: <https://www.ehu.eus/documents/10067636/10750268/2007-Rafael-Arenas-Garcia.pdf/b9c567ad-bc19-9682-4d12-93813d8644c6>

Caivano, R.J, "La fenomenal evolución del arbitraje...en el resto del mundo", *El Derecho*, n. 13.240, mayo 2013.

Cámara de Comercio Internacional (C.C.I), *The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) has announced record figures for new cases filed for administration under ICC rules in 2016*, 2017. Recuperado el 24 de Marzo de 2020, de <https://www.iccwbo.be/icc-reveals-record-number-of-new-arbitration-cases-filed-in-2016/>

Carrascosa, J., "Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 18, 2000, pp. 7- 40.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Carga de Casos del CIADI - estadísticas*, CIADI, 2019, Recuperado de [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID\\_Web\\_Stats\\_2019-2\\_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Naciones Unidas,

Nueva York, 1985. Recuperado de [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

Consejo General de la Abogacía Española, *El arbitraje comercial en España*. Abogacía Española, Sección Internacional – Dpto. Servicios Jurídicos, Abogacía Española y Oficina Económica y Comercial de España en Miami, Madrid y Miami, 2019. Recuperado de <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/07/Estudio-El-arbitraje-en-Espana-publicado.pdf>

Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCI), *2018 Annual Casework Report*, LCIA, Londres, 2018.

Fernández-Armestro, J., "El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española", *Revista de Derecho Mercantil* (258), octubre-noviembre 2005, pp. 1469-1531.

Fernández Rozas, J.C., "El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil ("Normas de Derecho internacional privado"): Veinticinco años después", *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, pp. 2411-2447.

Fernández Rozas, J. C., "El arbitraje internacional y sus dualidades", *A. A. Internacional, Anuario Argentino de Derecho Internacional XV*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, Argentina, 2007, pp. 1-25.

Fernández Rozas, J. C., "Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del derecho aplicable al fondo de la controversia", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, III, 2010, pp. 377- 409.

Garea, R. C., *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Grupo Difusión, Madrid, 2008.

Godoy, J. M., *El Arbitraje Internacional en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I)*, Universidad de la República, Brasilia, 2014.

González Campos, J. D., *Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español*, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, Navarra, 1975.

- Latham & Watkins, *Guia del arbitraje internacional*, Latham & Watkins, 2013.  
Recuperado de <https://www.lw.com/thoughtLeadership/2013-guide-to-international-arbitration-spanish-edition>
- Rosón, L. G.-I., "La reforma de los reglamentos de arbitraje y su impacto sobre el convenio arbitral", *Revista de Derecho UNED* (21), 2017, pp. 15-39.
- Sánchez Lorenzo,S., *Conferencia la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional*, 2019. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yBxqZEARZQUJ:www.ohadac.com/telechargement/bibliographie/19/0/ley-aplicable-al-fondo-de-la-controversia-en-arb.sanchez-lorenzo-sixto.pdf+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es>
- Sánchez Lorenzo, S., "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *R.E.D.I., LXI* (1), 2009, pp. 40-74.
- Sepúlveda, C., "La solución pacífica de las controversias internacionales", *Derecho Internacional*, Porrúa, México, 2004, pp. 390-417.
- Vallejo, A. P., "Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia". *Vniversitas* (128), enero-junio de 2014, pp. 245-284.

#### **4. Jurisprudencia**

- Auto Audiencia Provincial de Madrid núm.180/2007, de 16 de julio [versión electrónica.  
Ref. JUR\2007\336605]
- Auto Audiencia Provincial de Madrid núm. 157/2008, de 9 de abril [versión electrónica.  
Ref. AC\2008\1702]
- Auto Audiencia Provincial de Madrid núm. 221/2008, de 3 de junio [versión electrónica.  
Ref. AC\2008\1172]
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 21/2017, de 22 de febrero  
[versión electrónica - base de datos Consejo General del Poder Judicial. Ref. ATSJ  
CAT 55/2017]
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco núm. 6133/2012 , de 9 de abril  
[versión electrónica. Ref. RJ\2012\6133]

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 43/1988, de 16 de marzo [versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España. Ref. RTC/1988/43]

Sentencia del Tribunal Constitucional núm.174/1995, de 23 de noviembre [versión electrónica. Ref. RTC/1995/ 174]

Sentencia del Tribunal Constitucional núm.176/1996, de 11 de noviembre [versión electrónica. Ref. RTC 1996, 176]

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2005, 17 de febrero [versión electrónica. Ref. RTC/ 2005/9]

Sentencia del Tribunal Constitucional núm.1/ 2008, de 11 de enero [versión electrónica. Ref. RTC\2018\1]

Sentencia del Tribunal Supremo núm.64/2003, de 6de febrero [versión electrónica. Ref. RJ\2003\850]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 433/2003, de 9 de mayo [versión electrónica. Ref. RJ\2003\3893]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 860/2007, de 10 de julio [versión electrónica – base de datos Vlex]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2017, de 27 de junio [versión electrónica – base de datos Vlex]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco núm. 8/2015, de 23 de septiembre [versión electrónica – base de datos Vlex]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja núm. 2/2016, de 14 de octubre [versión electrónica – base de datos Vlex. Ref. STSJ LR 541:2016]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 3278/2017, de 23 de marzo [versión electrónica. Ref. STSJ M 3278/2017]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo núm. 1170/2018, de 3 de abril [versión electrónica - base de datos Consejo General del Poder Judicial. Ref. STSJ AS 1170/2018]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 2535/2019, de 18 de febrero  
[versión electrónica - base de datos Consejo General del Poder Judicial. Ref. STSJ  
M 2135/2019]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 27/2019, de 19 de julio  
[versión electrónica - base de datos Consejo General del Poder Judicial. Ref. STSJ  
M 5694/2019]